Aufrechnung und Zurückbehaltung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht von

Georg Hartmann
Referendar in Breslau.

Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
1907.

Gedruckt mit Genehmigung der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. **Leonhard**.
Korreferent: Prof. Dr. **Fischer**.

Meinen geliebten Eltern!

Inhaltsübersicht.

			Seite
Einleitung:	§ 1	Geschichtliche Entwicklung . . .	7—11
Hauptteil:		Aufrechnung und Zurückbehaltung:	
I	§ 2	Gegensatz im Zweck	12—14
II	§ 3	Gegensatz im Anwendungsgebiet im allgemeinen	15—19
III	§ 4	Gegensatz in den Voraussetzungen.	19—24
IV	§ 5	Art und Weise des Vollzugs der Aufrechnung und der Zurückbehaltung:	
		a) nach röm. und gem. Recht, . :	24—32
		b) nach bürgerlichem Recht . . .	32—38
Anhang:			
	§ 6	Zeit des Vorbringens im Prozess.	38—39
V	§ 7	Prosessuale Wirkungen:	
		a) im allgemeinen	39—41
		b) exeptio rei iudicatae	41—44
		c) Kostenlast	44—47
VI	§ 8	Materiell-rechtliche Wirkungen . .	47—50
VII	§ 9	Aufrechnung und Zurückbehaltung im Konkurse	51—53

Abkürzungen.

Z.B.R. = Zurükbehaltungsrecht.
D.C. = Dernburg, Compensation.
§ ohne Zusatz = B.G.B.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0143

Einleitung.

§ 1. Geschichtliche Entwicklung.

Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht sind zwei Sicherungsmittel des Verkehrs. Sie schützen davor, dass, wenn zwei Parteien wechselseitig Gläubiger und Schuldner sind, die eine ihre Forderung einzieht, ohne die andere zu befriedigen, beruhen also auf der aequitas, auf Treu und Glauben. Nimmt man noch hinzu, dass, rein äusserlich betrachtet, der Erfolg ihrer Geltendmachung der ist, dass jeder Teil behält, was er hat, und, falls es zum Prozess kommt, alsdann „in einem Prozessverfahren mehrere an und für sich selbständige Streitigkeiten erledigt und im Wege der Verteidigung vorgebrachte Gegenansprüche berücksichtigt werden[1]," so wird man begreifen, dass oberflächliche Betrachtung dazu führen konnte Aufrechnung und Z.B.R. für ein und daselbe zu halten. Erstere wurde als retentio perpetua, letzteres als retentio temporalis angesehen[2]). Vor allem aber hat zu dieser Vermengung der Begriffe, die natürlich dazu führte, dass die Regeln des einen Rechtsinstituts auf das andere übertragen wurden, die ungenaue Ausdrucksweise der Quellen beigetragen: weder compensatio noch ius retentionis sind streng technische Ausdrücke — vgl. einer-

---

[1]) D.C. S. 365.

[2]) Vgl. Schenck S. 47/48 Litteratur. — Eine Nachwirkung hiervon ist es, wenn heute noch versucht wird Regeln des einen Instituts bei dem andern zur Anwendung zu bringen.

seits D.C. S. 9 ff., andererseits Schenck S. 33 ff. —, ja ein Titel etwa „de retentione“ ist dem Corpus iuris überhaupt fremd und nur einzelne Stellen lassen auf das Vorhandensein des ihnen zu Grunde liegenden generellen Rechtsgedankens schliessen. Allmählich aber, besonders seit Glück (Bd. XV, S. 114 ff) und Schenck ist abgesehen von einzelnen Rückfällen in die alte Lehre — vgl. Brinz, „Compensation“ — eine scharfe Unterscheidung beider Rechtsinstitute eingetreten, so bestritten auch im einzelnen die rechtliche Natur eines jeden und damit ihr innerer Gegensatz, als auch ihre Erscheinungsform in der Praxis und damit ihr äusseres Verhältnis war. Wir begnügen uns hier damit, festzustellen: „Z.B.R. ist das Recht eines Schuldners, eine geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird“, (B.G.B. § 273), — eine Definition, zu der auch schon Schriftsteller des gemeinen Rechts[1]) gelangten, während unter Aufrechnung „die Aufhebung eines Forderungsrechts durch ein anderes Forderungsrecht, welches der Gläubiger seinerseits gegen den Schuldner hat[2])“, zu verstehen ist. Die Entwicklung beider Rechtsinstitute läuft parallel mit der des formenstrengen röm. Civilrechts zu einem Recht des Verkehrs. Was die Aufrechnung betrifft, so erscheint es natürlich, mit Dernburg, Brinz u. s. w. — a. M. freilich Franz Leonhard — anzunehmen, dass zunächst die vertragsmässige Aufrechnung zur Anwendung kam und erst allmählig ein Recht zur Kompensation bezw. eine Aufrechnung auch gegen den Willen des anderen Teils sich durchsetzte, — wobei bemerkt sei, dass nur dieser letzte Fall als der typische und ebenso nur das gesetzliche Z.B.R. im Folgenden in Betracht kommt. Der älteste Anwendungsfall dieser Kompensation begegnet uns in Gai Inst. IV, 64—69: der argentarius muss gegen seinen Kunden „cum compensatione agere“, d. h. auf Antrag des Beklagten erhielt er anstatt der actio pura nur

---

[1]) s. Langfeld S. 1; Goldschmidt S. 962 ff.
[2]) Windscheid II S. 425/426.

die actio c. comp., durfte also nur den Saldo einklagen — fr. 64 —, ganz gleich, aus welchem Schuldgrunde die Posten herrührten, wenn sie nur gleichartig waren; klagte er auch nur nummo uno zu viel, so verlor er wegen pluris petitio den Prozess — fr. 68. In ähnlicher Weise musste sich der bon. emtor von dem Schuldner des Kridars dessen Gegenforderungen, auch wenn sie noch nicht fällig waren und nicht auf Geld gingen, in Abzug bringen lassen, — fr. 66, 67 a. a. O.[1]). Von diesen Sonderfällen abgesehen, findet sich der Gedanke der Kompensation und Retention allgemeiner erst seit Ende der Republik und zwar bei den bon. fid. iudiciis. Gemäss der Formel: quiquid ob eam rem . . . dare facere aportet ex fide bona hatte der Richter das Recht und die Pflicht Inhalt und Mass der Leistungspflicht zu bestimmen — (vgl. zum Folgenden Jörs bei Birkmeyer S. 133). Er konnte also, je nach Lage des Falls, Gegenansprüche, auch ungleichartige, berücksichtigen und zwar indem er entweder den Kläger abwies, wenn er seinerseits nicht leistete, oder ihn zur Sicherheitsleistung zwang, oder schliesslich die gegenseitigen Ansprüche kompensierte und nur auf den Saldo verurteilte. So sehen wir, dass hier Kompensation — freilich nur comp. ex cadem causa — und Retention nebeneinander hergingen und der Richter sich ihrer nach freiem Ermessen bediente, je nachdem die bona fides eins oder das andere verlangte. Man kann aber darum nicht annehmen, wie Siber (S. 42 ff.) dies tut, dass die comp. bei bon. fid. ind. bis zu Gaius nur Retention gewesen wäre. S. kommt damit notgedrungen zu Konstruktionen, die er selbst „rein theoretisch“ nennt und zur Annahme von Möglichkeiten, „die unter verständigen Parteien nicht zur Wirklichkeit werden konnten.“ (Siber S. 43). Dies ist an sich schon recht bedenklich bei einem so praktischen Institut wie es die Aufrechnung ist. Aber auch die Begründung seiner Ansicht

[1]) Dieser konnte jedoch nicht wegen plur. pet. sachfällig werden, da die deductio hier erst auf Grund des Nachweises des Beklagten vorgenommen wurde.

ist nicht zwingend. Wenn wirklich etwa bis Gaius die gleichartige zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht konsumiert wurde, so folgt daraus nur, dass der Prätor Mittel und Wege gefunden haben muss und wird, ihre Einklagung gegen Erfüllung der Gegenleistung, wie Siber dies für möglich hält, zu verhindern, da man sicherlich auch bald dahinter gekommen ist, dass auch: „dolo facit, qui offert quod petiturus est“ (Eck Zeitschr. f. Ges.-Gebg., S. 340). Auch in strict. iur. iud. fand schliesslich die comp. und ebenso die Retention in der Weise Eingang, dass seit der grossartigen Ausbildung der exc. doli im Laufe des ersten Jahrhunderts n. Chr. der Beklagte auf seinen Antrag diese exceptio erhielt, der Kläger aber, wenn er ohne Rücksicht auf seine eigene Schuld geklagt hatte, total abgewiesen wurde[1]), (keine direkte Kompensation).

Bei der Weiterentwicklung der comp. spielt eine viel umstrittene Rolle ein Rescript des Kaisers Marcus J IV, 6 § 30. Auf Grund wörtlicher Auslegung und der griechischen Paraphrase des Theophilus nehmen die meisten — eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten s. bei Stampe, S. 7—10 — eine urteilsmindernde Kraft der exc. doli an, sodass jetzt nicht mehr totale Abweisung erfolgte, sondern der Richter in den um die Gegenforderung gekürzten Betrag verurteilte. Schwere Bedenken sprachen jedoch gegen diese Ansicht. Vielleicht ist, wie Jörs a. a. O., S. 133 annimmt, durch jenes Rescript der Fall geregelt worden, dass der Kläger noch in iudicio den Klageantrag ändern durfte, also „nicht eine Urteilsminderung sondern Minderverurteilung“ eintrat, während im übrigen der Kompensationsmodus derselbe blieb[2]).

---

[1]) bestritten: Für die oben vertretene Ansicht vor allem D.C 8. 175 ff. Schwanert S. 35, 1 14 D. 15, 2.

[2]) Ein näheres Eingehen auf die verschiedenen Ansichten würde hier zu weit führen. — Folgt man der oben vertretenen Auffassung, so würde m. E. durch das Rescript eine grosse Härte des bisherigen Verfahrens insofern beseitigt, als jetzt bei bestrittener oder unbestimmt hoher Gegenforderung dem Kläger, nachdem

Dieser Zustand blieb, abgesehen davon, dass nunmehr nach dem Vorbilde der stricti iur. iud. allmählich auch bei den bon. fid. iud. Gegenforderungen ex dispari causa berücksichtigt wurden, bis Justinian bestehen, bis l. 14 C. 4,31. Hier bestimmt Justinian, nachdem er im Anschluss an Zenos c. 1,2 C. 3,10 die Folgen der plur. petitio beseitigt hatte, dass jetzt nie mehr Totalabweisung sondern Verurteilung in den Saldo die Folge der exc. doli sein sollte, — vgl. auch J. IV, 13 § 10 —, ferner auch die Kompensation bei dinglichen Ansprüchen stattfinden könnte, in jedem Falle aber der Gegenanspruch liquide sein müsse. Damit ist die Kompensation bei allen Klagen einheitlich geregelt. Hinsichtlich der Retention haben wir bereits gesehen, dass sie eine einheitliche Regelung nie erfahren hat. Sie verschaffte sich bei str. iur. iud. durch die exc. doli, bei bon. fid. iud. ohne eine solche nach dem Satze: exc. doli inest. bon. fid. iudiciis Eingang, ohne dass ursprünglich eine scharfe Scheidung zwischen Kompensation und Retention eingetreten wäre (s. oben S. 9).

---

ihm seine Schuld nachgewiesen war, noch Gelegenheit zur Kompensation geboten würde, während er bisher auch in diesen Fällen der Totalabweisung unterlag R. Leonhard in Pauly-Wissowa's Encyklopädie Art. „compensatio" nimmt freilich an, dass die erst in iudicio möglich gewordene compensatio anders behandelt und bei str. iur. act. bis Marc Aurel überhaupt nicht zugelassen worden ist.

Hauptteil:

I. § 2. Gegensatz im Zweck.

So wenig einerseits eine Forderung des A gegen B auf 100 davon berührt wird, dass B gegen A eine Forderung auf 75 erwirbt, so dringend ist bei entwickelterem Verkehr das Bedürfnis, einem jeden von ihnen zum mindesten auf die Inanspruchnahme durch den Gegner hin die Möglichkeit einer Verrechnung zu gewähren. Dies ist regelmässig „vernünftig und wirtschaftlich“ [1]), um unnützes Hin- und Hersenden zu vermeiden, und „billig und gerecht“, weil der eine in schlechten, der andere in guten Vermögensverhältnissen sein kann. Hat aber A gegen B eine Forderung von 100, und B dem A ein Pferd geliehen, so wäre es weder wirtschaftlich und vernünftig, noch billig und gerecht, wenn A das Pferd zurückbehalten dürfte, bis er wegen der 100 befriedigt würde; im Gegenteil! Unter Umständen aber kann Treu und Glauben des Verkehrs ein solches Zurückbehaltungsrecht erfordern, z. B. B hat während seiner Abwesenheit sein Pferd bei A eingestellt und will es heraushaben, ohne die recht beträchtlichen Futterkosten zu bezahlen. In solchen Fällen auf Arrest und Sequestration zu verweisen, wie es das österreichische G.B. tut, ist nicht ausreichend, da diese Rechtsbehelfe keinen Ersatz für das im Z.B.R. liegende präsente Sicherungsmittel bieten. Wie die angeführten Beispiele ergeben, verhüten demnach sowohl die Aufrechnung

[1]) Rehbein BGB. S. 326 I

wie die Geltendmachung eines Z.B.R., dass ein Teil seine Forderung beitreibt, während entgegenstehende gleich reife Ansprüche des anderen Teils unbefriedigt bleiben, — das ist der gemeinsame Zweck beider Rechtsbehelfe. — Die Aufrechnung aber bewirkt, dass in einem solchen Fall beide Teile, die Geltendmachung eines Z.B.R., dass — vorläufig — kein Teil befriedigt wird, da es beide Male unbillig ist, dass der eine ohne den anderen Befriedigung erlangt. Zweck der Aufrechnung ist demnach Befriedigung, der des Z.B.R. Sicherung, und da das Zurückhalten der Leistung auf den anderen Teil immer den Ansporn ausübt seinerseits zu erfüllen, um zu seinem Guthaben zu kommen, ist der Zweck des Z.B.R. auch Anregung zur Erfüllung, ohne dass man aber sagen kann, das eine sei Haupt-, das andere sei Nebenzweck[1]). Vielmehr gehen beide Zwecke in der Regel untrennbar durcheinander, wenn auch bald das eine, bald das andere Moment mehr hervortreten sollte[2]). Auch nach B.G.B. hat die Geltendmachung eines Z.B.R. trotz der entgegengesetzten Ansicht Plancks (No. 2 zu § 273) und Schlegelbergers (S. 102 ff.) — die Motive enthalten in dieser Frage einen Widerspruch s. Mot. II S. 42/43 — diese beiden Zwecke. Schlegelberger meint zwar, dass, wenn das Z.B.R. als Zwangsmittel gedacht wäre, der nach § 273[3] B.G.B. gestattete Ausschluss desselben durch Sicherheitsleistung eine „Inkonsequenz" wäre. Dies ist aber nur insoweit richtig, als der indirekte Zwang bedeutend stärker wäre, wenn Sicherheitsleistung ausgeschlossen oder nicht schlechthin zur Abwendung des Z.B.R. zugelassen wäre. Jedoch ist auch so tatsächlich durch das Verweigern der Leistung und rechtlich durch die Folgen der Sicherheitsleistung die Anregung zur Erfüllung gegeben. Denn, erfüllt der Retentionsgegner nicht, so kann der andere Teil ja aus der Sicherheit nach §§ 233, 1257 B.G.B.

---

[1]) so Schenck S. 270.
[2]) so auch Langfeld S. 119 Anm. 1.

sich selbst befriedigen und übt dadurch, zumal wenn nicht bare Hinterlegung erfolgt ist und der Gegner noch die Kosten etc. des Verkaufs zu tragen hat, §§ 233, 1210, 1257 a. a. O., immerhin einen Druck auf den Gegner aus (cf. auch § 234[3], 237[1] B.G.B.) Dass ein solches „psychologisches Zwangsmittel" allgemein unseren heutigen Ansichten von Treu und Glauben widerspräche, wie Schlegelberger des weiteren geltend macht, kann gleichfalls nicht zugegeben werden, inbesondere im Hinblick auf § 320[1] Satz 3, und gegen etwaige Chikane schützt § 226 B.G.B.

Besonders hervorzuheben ist noch Folgendes: Das Zurückbehaltungsrecht dient immer und auch nur dazu einen dolos geltend gemachten Anspruch abzuwehren, s. S. 12; es erschöpft sich also in der Defensive. Anders die Aufrechnung. Auch bei ihr ist zwar der Ausgangspunkt der Entwicklung gemäss dem Satze: dolo facit, qui petit, quod redditurus est die Abwehr eines dolosen Verhaltens gewesen. Dieser Grundgedanke ist aber modifiziert bezw. ganz verdrängt worden. Einmal dadurch, dass ja auch der aufrechnende Teil Befriedigung für seine eigene Forderung erlangte, was für ihn oft viel wichtiger sein musste, als die erzwungene Befriedigung des Gegners. Ferner aber kann[1]) die Aufrechnung auch vorgenommen werden, ohne dass überhaupt der Gegner irgendwie seinen Anspruch geltend gemacht hätte, sodass von der durch sie etwa erfolgenden Abwehr eines dolus in diesen Fällen nicht die Rede sein kann. Daraus folgt für uns:

Die Aufrechnung kann auch zum Schutze gegen einen dolos geltend gemachten Anspruch dienen, dies ist aber selten ihr einziger, sehr häufig überhaupt nicht ihr Zweck[2]).

---

[1]) Jedenfalls heute; ob und wieweit dies früher möglich gewesen, wird an anderer Stelle zu erörtern sein.

[2]) Vgl. unten zu V, c. — Hier wie im Folgenden wird im Text nur das Z.B.R. des bürgerlichen Rechts betrachtet werden. Das handelsrechtliche Z.B.R. — cf § 369 ff H.B.G. — stellt eine

II. § 3. Anwendungsgebiet im Allgemeinen.

Schon die oben angeführten Beispiele ergeben, dass für die Aufrechnung grundsätzlich überall da Raum sein muss, wo sich zwei auf gleichartige Gegenstände gerichtete Forderungen gegenüberstehen, — vorbehaltlich natürlich positiv rechtlicher Ausnahmen. Da diesen aber allgemeine, immer giltige Gesichtspunkte zu Grunde liegen, sind sie im ganzen nur wenig verändert vom röm. und gemeinen Recht ins preussische A.L.R. und B.G.B. übergegangen. Es sind dies Fälle, wo es auf Naturalerfüllung ankommt (cf. l. 20 D. 16,2 und arg. § 391 Abs. 2), ferner, wo die Aufrechnung dazu dienen könnte Unrecht zu begünstigen, (c. 14,2 C IV, 31 und § 393 B.G.B.; dagegen noch für das klassische Recht l. 10,2 D. 16,2), oder einen Gläubiger zum Preisgeben einer Forderung zu zwingen, der gegenüber sonst jeder Zwang ausgeschlossen ist (§ 394). Auch die Rücksicht auf ein geordnetes Rechnungswesen des Staates kann zum Verbot der Aufrechnung führen (c. 1,3 C. IV, 31, B.G.B. § 395). Dies sind aber, wie bereits erwähnt, nur Ausnahmen. Dem gegenüber wäre es im höchsten Grade unbillig, immer, wenn der Schuldner des einen aus irgend einem Grunde dessen Gläubiger geworden ist, ihm ein Z.B.R. zu gewähren, nicht nur deshalb, weil „nicht Suspension der Rechtshilfe sondern rasche, positive Erledigung der beiderseitigen Ansprüche für die Regel das Wünschenswerte ist[1])“, sondern weil dadurch das Gegenteil von Treu und Glauben im Verkehr herrschen würde. Man denke nur, dass der Verkäufer eines Hauses nach bezahltem Kaufpreise die Uebergabe verweigern wollte, weil er dem

---

Sonderbildung, angepasst den Bedürfnissen des Handelsverkehrs, dar und wird in den hier interessierenden Abweichungen nur kurz an dieser Stelle behandelt werden. — Wie § 371 a. a. O. ergiebt, ist Zweck des handelsrechtlichen Z.B.R. nicht nur Sicherung, sondernauch Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande.

[1]) DC S. 369.

Käufer eine Nähmaschine geliehen habe! Daher war auch in der neueren gemeinrechtlichen Theorie unbestritten, dass ein Z.B.R. nicht allgemein gestattet sein dürfte, andererseits aber um so heftiger bestritten, wann und ob überhaupt ein allgemeiner Rechtsgrund gegeben sei, der die Geltendmachung eines Z.B.R. rechtfertige[1]). Man glaubte schliesslich in dem Begriff der „Konnexität" einen solchen gefunden zu haben, hatte damit aber nur erreicht, dass über diesen Begriff der Streit weitergeführt wurde (vgl. Schenck S. 133, Goldschmidt S. 974/75 u. bes. Note 23). Da sich in den Quellen nur Einzelfälle finden und jedem System gegenüber der eine oder der andere Fall Schwierigkeiten machte, bes. l. un. C. 8,27, liess man schliesslich die Bemühungen, einen einheitlichen Rechtsgrund zu finden, fallen, und begnügte sich damit[2]), die charakteristischen Merkmale und den besonderen Billigkeitsgrund der einzelnen Anwendungsfälle festzustellen und ihn „je nach der grösseren oder geringeren Dehnbarkeit des auf diese Weise gewonnenen Prinzips gegebenenfalls analog anzuwenden[3])". Das Z.B.R. als besonderes Recht gab man aber trotzdem seines eigentümlichen Zweckes wegen nicht auf, jedoch war dies natürlich keine befriedigende Lösung. Daher hält das B.G.B., um sowohl unnötig viele Einzelvorschriften als unvermeidliche Lücken und Streitigkeiten zu vermeiden, nach dem Muster des Pr. A.L.R. I, 20,539 ff., welches zuerst das Z.B.R. als einheitliches Rechtsinstitut behandelte, — der Code civ. enthält nur Einzelvorschriften —, an dem Begriff der Konnexität fest. Es kennt zwei Formen derselben: das Z.B.R. soll einmal gegeben sein bei Ansprüchen aus dem-

---

[1]) Noch Arndts Pand. § 102 erkennt ein einheitliches Rechtsinstitut nicht an, sondern sieht, wie Savigny, in dem Z.B.R. nur einen Anwendungsfall der exc. doli.

[2]) cf. Langfeld S. 86 ff, Windscheid II S. 463.

[3]) Langfeld S. 108.

selben rechtlichen Verhältnis[1]), sodann bei Ansprüchen auf Verwendungen und Ersatz des durch einen Gegenstand verursachten Schadens gegenüber dem Herausgabeanspruch (§ 273 B.G.B.), oder, wie Schlegelberger kurz und treffend sagt, bei Konnexität kraft Rechtsgrundes und kraft Gegenstandes. Gegen eine ungebührliche Ausdehnung des auf diese Weise gewonnenen Prinzips schützt — abgesehen von positiven Ausnahmen cf. §§ 175, 556[2], 581[2], 1000 B.G.B. — der Zusatz in § 273[1]: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt." Damit ist erreicht, was die Motive[2]) als beabsichtigt hinstellen, nämlich eine verhältnismässig grosse Freiheit des Richters im Einzelfalle nur nach Treu und Glauben zu entscheiden, ein Prinzip, das ja schliesslich auch bisher gegolten hat. Dem, der selbst in dolo malo war, stand das Z.B.R. grundsätzlich nicht zur Seite[3]). Mag man nach alledem selbst annehmen, dass das Anwendungsgebiet des Z.B.R. nach § 273 nicht nur das Obligationenrecht ist[4]), so ergibt sich dennoch, dass es immerhin nur in beschränktem Umfang zulässig ist, während die Aufrechnung grundsätzlich überall da stattfinden kann, wo sich gleichartige Gegenforderungen gegenüberstehen. Dagegen ist es nicht angängig die Anwendbarkeit des Z.B.R. noch dadurch einzuschränken, dass man Aufrechnungsverbote analog auf das Z.B.R. ausdehnt und so insbesondere das Z.B.R. gegenüber unpfändbaren Forderungen versagt[5]). Eine solche Analogie ist überhaupt nur mit grösster Vorsicht, keinesfalls aber dann anwendbar, wenn, wie dies bei Aufrechnung und Z.B.R

[1]) vgl. darüber Planck § 273 I a. Hierunter fallen vor allem auch die Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, cf. Langfeld S. 51 ff, Rieger S. 45 ff, die aber ihrer Eigenart wegen besondere Regelung gefunden haben.

[2]) Mot. II S. 41.

[3]) Goldschmidt S. 971 [13]

[4]) so Schlegelberger S. 92 ff., R.G. 59, S. 200.

[5]) s. dagegen Rieger S. 68, Dernburg B.R. II S. 137, Schlegelberger S. 194, Pappenheim in D.J.Z. 1902 S. 86ff.

der Fall ist, zwei dem Zweck nach ganz verschiedene Rechtsinstitute in Frage kommen (cf. oben zu I). Wohl hat § 394 B.G.B. die Absicht, zu verhüten, dass die reelle Verwirklichung solcher Ansprüche des einen Teils, auf denen seine wirtschaftliche Existenz beruht, nicht illusorisch gemacht wird. Dies geschieht aber auch durch die Geltendmachung eines Z.B.R. garnicht. Wer retiniert, will ja leisten, aber nur dann, wenn auch der andere Teil leistet, „er will also nur zur Zeit nicht leisten[1])". Es kommt eben nicht auf dasselbe hinaus, ob der Dienstherr den von seinem Arbeiter verursachten Schaden ausbessern lässt und aufrechnet, oder ob er den Lohn zurückbehält, bis der Schaden beseitigt wird. Tut der Arbeiter dies, so erhält er den vollen Lohn, tut er es nicht, so liegt auf seiner Seite der das Z.B.R. rechtfertigende eigentümliche dolus (s. S. 16) vor. Die Entscheidung kann sinngemäss auch dann nicht anders lauten, wenn beide Forderungen gleichartig sind. Es ist alsdann zwar nicht zu leugnen, dass, rein äusserlich betrachtet, der Effekt derselbe ist, als wenn aufgerechnet würde; aber rechtlich liegt doch nur ein Fall der Geltendmachung eines Z.B.R., ohne die erheblichen rechtlichen Folgen der Aufrechnung vor, — vgl. Pappenheim a. a. O., S. 91: unten V—VII. Die analoge Anwendung des § 394 stellt m. E. nur einen Rückfall in den früheren Irrtum dar, wonach die Aufrechnung eine retentio perpetua, die Geltendmachung eines Z.B.R. eine ret. temporalis war (cf. Anfang dieser Arbeit). Diese Analogie ist aber ausgeschlossen, nachdem anerkannt ist, „dass das Z.B.R. gegenüber dem Recht zur Aufrechnung nicht das mindere, sondern überhaupt ein ganz anderes Recht" ist, so R.G. in J.W. a. a. O. Daher hat auch die Rechtsprechung sich überwiegend der hier vertretenen Ansicht angeschlossen (cf. Warneyer B.G.B. 1905 zu § 273 II). M. E. rechtfertigt schon allein der

[1]) R.S. in J.W. 02 B. 16 N.: 33.

Umstand, dass die Geltendmachung eines Z.B.R. die Gegenforderung unberührt lässt, während § 394 nur die Befriedigung aus der Lohnforderung — ebenso wie durch Pfändung, so auch durch Aufrechnung — untersagt, die hier vertretene Ansicht, die, wie Rehbein, S. 361 bemerkt, „gerade dazu dient, Härten abzuwenden, welche die Ausschliessung der Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen haben kann", wie z. B. wenn der Gegenanspruch aus einer unerlaubten Handlung herrührt.[1])

III. § 4. Voraussetzungen[2]).

Sowohl die Aufrechnung als Geltendmachung eines Z.B.R. setzen einen Gegenanspruch voraus[3]). Dieser musste bei der Kompensation giltig, nicht durch eine peremtor. Einrede entkräftbar, fällig, gleichartig und regelmässig gegenseitig sein. Klagbarkeit war nicht unbedingt notwendig, l. 6 D. 16,2, Windscheid S. 449. Ob eine verjährte Forderung aufrechenbar war, war mit verschiedenen Modifikationen bestritten. Seit Justinian musste die Gegenforderung auch liquide sein, wie wir oben gesehen haben, ein Erfordernis, das für den gewöhnlichen gemeinrechtlichen Prozess keine Bedeutung hatte (D. C. 568/70) und nach der C.P.O. nur für den Gang des Prozesses von Bedeutung ist — cf. C.P.O. §§ 145, 146, 302 n. F. Demgegenüber erforderte die Geltendmachung eines Z.B.R. ausser dem besonderen Billigkeitsgrunde — s. zu II — einen Anspruch des Retinenten, der durchaus nicht klagbar zu sein brauchte. Diente doch das Z.B.R.

---

[1]) Ausser durch Analogie versuchen viele den Ausschluss des Z.B.R. gegenüber unpfändbaren Forderungen durch Auslegung des § 273, insbes. der Worte: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt ," zu rechtfertigen; s. dagegen Pappenheim a. a. O. S. 86 ff.

[2]) Vgl. Näheres bei Windscheid II, 448 ff, Dernburg P. II 175 ff.

[3]) Gegen Grosskopf, der keinen Gegenanspruch anerkennen will, s. Langfeld S. 24 ff.

gerade dazu auch solche Ansprüche nach Billigkeit durchzusetzen, (Ersatz von Verwendungen!) Der Gegenanspruch musste ferner regelmässig ungleichartig und fällig sein; objektiver Vermögenswert sowie Liquidität — auch nicht einmal im prozessualen Sinne — waren nicht erforderlich[1]). Was schliesslich den Gegenstand des Z.B.R. betrifft, so nahm man zwar eine Zeit lang an, dass nur eine Sache bezw. nur eine dem Retinenten nicht gehörige Sache zurückbehalten werden könnte[2]), kam aber bald hiervon ab und lehrte, dass jede Leistung verweigert werden könnte (— statt aller: Goldschmidt S. 969 ff.; anders Pr. A.L.R. I, 20, 536—542). Auch nach B.G.B. sind diese Voraussetzungen im allgemeinen bestehen geblieben, nur gehört zur aktiven Aufrechnung immer eine klagbare Forderung, ferner eine solche, der überhaupt keine Einrede entgegensteht (cf. § 390; jedoch Satz 2! und wegen Fälligkeit § 387 mit 271[2].) Desgleichen kann nach B.G.B. das Z.B.R. nur wegen einer klagbaren Forderung geltend gemacht werden[3]); das blosse Entgegenstehen einer Einrede schadet jedoch hier nicht, da ja — anders als bei der Aufrechnung — die Gegenforderung hier bestehen bleibt und so der andere Teil immer noch Gelegenheit hat die Einrede vorzubringen. Zurückbehalten kann nach B.G.B. unstreitig jede Leistung, ja sogar eine Unterlassung (cf. Oertmann zu § 273 No. 3) werden. Von den verschiedenen Voraussetzungen ist Folgendes näher zu betrachten: Während bei der Aufrechnung die Forderung des einen naturgemäss nur soweit nicht — bar — befriedigt wird, als die Gegenforderung reicht, kann es bei dem Z.B.R. fraglich erscheinen, ob es nur bis zur Höhe der Gegenforderung oder ohne Rücksicht auf deren Höhe ausgeübt werden

---

[1]) Bestritten: cf. Holzschuher I S. 120. Wilm.-Levy zu § 136 S. 228 u.

[2]) vgl. Litt. bei Langfeld S. 11,

[3]) Schollmeyer zu § 273 2a.

dürfe. Im gem. Recht war die letzte Ansicht herrschend[1]), für das Pr. A.L.R. galt kraft positiver Vorschrift das Gegenteil[2]). Da das B.G.B. keine Bestimmung darüber enthält, hat sich wiederum Streit erhoben[3]). Schlegelberger vor allem vertritt die Ansicht, dass das Z.B.R., da es lediglich ein Sicherungsmittel sei, auch nur im Verhältnis zu der zu sichernden Forderung ausgeübt werden dürfe, und dass die Vorschrift des § 320 Abs. 2[4]) auch auf das Z.B.R. des § 273 „unbedenklich" zu übertragen sei[5]). M. E. kann hier die Frage nach dem Zweck des Z.B.R. dahingestellt bleiben, vielmehr müssen folgende Erwägungen ausschlaggebend sein: § 273 spricht schlechthin von „Verweigerung der geschuldeten Leistung"; Teilleistungen kennt das B.G.B. grundsätzlich nicht[6]), also

[1]) Schenck S. 70/72; Langfeld S. 115; a. M. Goldschmidt S. 986.

[2]) A.L.R. I, 20, 552.

[3]) s. bes. Schollmyier zu § 273, 1b Rieger S. 26. Schlegelberger S. 121 ff., 141. Im engen Zusammenhang hiermit steht die gleichfalls bestrittene Frage, ob die zurückbehaltene Leistung überhaupt zur Sicherung des Retinenten geeignet sein müsse. Schlegelb. a. a. O. lehrt, dass zwar jede eigne Sache, eine fremde aber nur dann retiniert werden dürfe, wenn sie den Anspruch des Retinenten real sichert. Eine solche Unterscheidung ist aber nicht im geringsten durch das Gesetz begründet, zumal da ja das Z.B.R. nicht auf Sachen beschränkt ist und bei Handlungen oder Unterlassungen Vermögenswert schwerlich festzustellen ist. Charakteristisch am Z.B.R. ist ja auch garnicht die zurückbehaltene Sache oder Leistung, also auch nicht deren Wert, sondern vielmehr das Zurückhalten, die Verweigerung der Leistung. — § 777 C.P.O. beweist nichts dagegen, da zur Befriedigung aus der Sache niemals das Z.B.R. als solches führt. — Anders H.G.B. § 371!

[4]) „Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbes. wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstossen würde."

[5]) cf. auch R.G. 61. S. 128 ff., freilich mit wenig eingehender Begründung.

[6]) s. §§ 241, 266 B.G.B.

kann damit nur Verweigerung der ganzen Leistung gemeint sein, wie ja auch in allen Fällen, wo unteilbare Leistungen in Frage kommen, selbstverständlich die ganze Leistung verweigert wird. Seine Grenze findet das Z.B.R. natürlich stets an dem Chikaneverbot des § 226. Da es überdies dem Retentionsgegner ja freisteht, wie Rieger a. a. O. mit Recht betont, das Z.B.R. durch Sicherheitsleistung abzuwenden, bei gegenseitigen Verträgen dies aber ausgeschlossen ist, § 320 Abs. 1 S. 3, so ist die Bestimmung des § 320 Abs. 2 hier wohl am Platze, sie ist aber als Sondervorschrift keinesfalls analog auszudehnen[1]). Diese Entscheidung entspricht auch durchaus der Billigkeit, da der dem Z.B.R. zu Grunde liegende eigentümliche dolus viel grösser ist, wenn die Gegenforderung erheblich geringwertiger ist und der Gläubiger, obwohl er sie ohne grosse Aufwendungen befriedigen könnte, dies nicht tut, seinerseits aber volle Befriedigung verlangt. —

Schliesslich ist hier noch zu untersuchen, ob wirklich, wie gewöhnlich gesagt wurde[2]), bei gleichartigen Gegenforderungen immer nur Kompensation, und nur bei ungleichartigen ein Z.B.R. geltend gemacht werden könne. Für das klassische röm. Recht ist dabei zu beachten, dass im bon. fid. iud. der Richter die Macht hatte, je nach Lage der Sache Kompensation oder Retention anzuwenden, evtl. also ungleichartige Ansprüche zu taxieren und sie so gleichartig zu machen[3]). Da ferner bei stricti iur. iud. die Verurteilung immer auf Geld ging — semper pecuniaria condemnatio —, nehmen viele an, dass zur Kompensation gegen obl. cert. spec. Gleichartigkeit überhaupt nicht notwendig gewesen wäre. Es dürfte jedoch mit Eisele[4]) anzunehmen sein, dass massgebend der Bestand

[1]) Das R.G. a.a. O., meint, die Verhältnisse lägen „ähnlich." Dies genügt ihm schon, um Analogie anzuwenden!

[2]) D.C. S. 371, Langfeld S. 115.

[3]) s. oben S. 9.

[4]) S 323/24 gegen D.C. S. 494 ff.

der Forderungen in iure gewesen ist. Für das gem. Recht behaupten nun Dernburg und Langfeld a. a. O. — ersterer auch wieder für das B.G.B.[1]) —, dass das Z.B.R. sich in Aufrechnung verwandeln müsse, wenn die Forderungen gleichartig sind. Wie diese Verwandlung vor sich gehen sollte, ist nicht gesagt. Wenn nun auch Dernburg zuzugeben ist, dass Geldleistungen Zug um Zug keinen Sinn haben und demnach gleichartige Forderungen auch bei Geltendmachung eines Z.B.R. am zweckmässigsten einfach gekürzt werden[2]), so erzielt doch derjenige, der aufrechnet, abgesehen hiervon noch ganz andere Wirkungen — s. unten V, VI —, während das Z.B.R. damit erschöpft ist. Es muss aber in das Belieben des Schuldners gestellt sein, in welcher Weise er Ansprüchen seiner Gläubiger gegenübertreten will. Die Aufrechnung ist sein Recht, das er ausüben kann, wenn er will; nur dazu kann er gezwungen werde, sie sich gefallen lassen zu müssen, nicht aber dazu, sie auszuüben. Zieht er aus besonderen Gründen das Z.B.R. vor, so kann der Gläubiger nichts dagegen tun. Wenn hier Langfeld[3]) gegen den Retinenten den Satz: dolo facit qui petit quod redditurus est anwenden will, so ist dagegen zu sagen, dass man doch nicht den, der die Retentionseinrede vorbringt, als „petiturus" bezeichnen kann; vielmehr ist zu beachten, dass der Zurückbehaltende sich immer in der Defensive befindet, und freie Wahl in den Verteidigungsmitteln hat. — Wichtig ist diese Frage insbesondere in den Fällen, wo materiell- oder prozessrechtlich die Aufrechnung erschwert oder ausgeschlossen ist, die Geltendmachung eines Z.B.R. jedoch nicht — vgl. § 529[3] C.P.O., §§ 390 ff. B.G.B. — Im Falle des § 391[1] ist das Z.B.R. sicherlich ohne weiteres zuzulassen[4]), ebenso im Prozess im Falle

---

[1]) Dernburg Bürg. R. II S. 138.
[2]) so auch R. G. 61 a. a. O.
[3]) S. 115.
[4]) Vgl. Rieger S. 25, 68 1

des § 529[3] C.P.O; dass es aber auch gegenüber unpfändbaren gleichartigen Forderungen statthaft ist, ergibt sich aus den vorangehenden Ausführungen zu II a. E.[1]).

IV. § 5. Art und Weise der Geltendmachung.

a) Römisches und gemeines Recht.

Die Geschichte der Kompensation und Retention hat uns gezeigt, dass beide Rechtsinstitute, aus dem Prinzip der aequitas hervorgegangen, von dem Prätor durch die exc. doli zur Geltung gebracht bezw. im bon. fid. iud. auch ohne besondere exceptio berücksichtigt wurden. Ist nun aber die Verbindung der Aufrechnung, [die wir zunächst betrachten wollen], mit dem Prozess eine notwendige gewesen, oder konnte die Aufrechnung auch ausserhalb eines solchen erzwungen werden? Ihrer materiellen Natur als einem Erfüllungssurrogat würde sicherlich das zweite mehr entsprechen, wenn auch andererseits erst bei der Inanspruchnahme durch den Gegner das Verlangen, aufrechnen zu können, am stärksten hervortritt. Bei der Beantwortung dieser Frage lassen uns die Quellen völlig im Stich. Denn die Definition in l. 1 D. 16, 2: „compensatio est debiti et crediti inter se contributio" lässt vor allem unklar, wer compensiert und wodurch die Aufrechnung vollzogen wird, sodass, wie Eisele (S. 213) mit Recht bemerkt, jede Theorie über die Kompensation diese Definition für sich in Anspruch nehmen kann. — Unter dem Einfluss neuer Kodifikationen und offenbar von dem Bestreben geleitet, die moderne Entwicklung des Aufrechnungsgedankens historisch zu rechtfertigen, vertritt Franz Leonhard[2]) die Ansicht, dass schon seit der Zeit vor Marc Aurel die Kompensation mit Gegenansprüchen auf ein certum durch einseitige Willenserklärung

[1]) Hinsichtlich der völlig verschiedenen Voraussetzungen für das kaufm. Retentionsrecht s. § 369 H.G.B.

[2]) §§ 7, 21, 22.

erfolgt sei. Wie geistreich seine Begründung aber auch ist, wird man sie dennoch nicht für stichhaltig halten können[1]). Abgesehen davon, dass die exc. doli, die nach den Quellen in der Entwicklung der comp. doch eine hervorragende Rolle gespielt haben muss, bei L. nur eine ganz nebensächliche spielt, — s. bes. S. 74 ff. —, braucht man nur folgendes zu beachten, um sofort die Haltlosigkeit dieser Ansicht zu erkennen: Zu einer Zeit, wo die obligatio noch ein so starkes Band um Gläubiger und Schuldner schlang, dass nicht einmal Cession der Forderungen, wobei diese doch bestehen blieben, möglich war, muss es erst recht unmöglich gewesen sein, dass man einseitig seine und des Schuldners Forderung aus der Welt schaffte.

Vielfach hat man nun geglaubt, in den Worten „ipso jure" der berühmten Stellen l. 4, 10, 21 D. 16, 2; c. 4, IV, 31 eine Andeutung zu haben, wie die comp. geschah[2]). Wir müssen daher die verschiedenen Auffassungen dieses Satzes wenigstens in ihren Hauptgruppen uns vergegenwärtigen. Von den Glossatoren und zwar zuerst von Martinus wurde die Theorie aufgestellt: ipso iure = sine facto hominis; die Gegenforderungen werden, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen vorhanden sind, im Moment ihres Gegenübertretens getilgt. Nach dieser Ansicht, die noch zum Teil von Krug und Hartter[3]) verteidigt wurde, jetzt aber ziemlich allgemein aufgegeben ist, wäre die Geltendmachung der Aufrechnung immer ein Vorbringen comp. factae, Berufung auf das Erloschensein der Forderungen, gewesen. Da aber viele Quellenstellen zu deutlich gegen ein solches Vonselbstaufheben sprechen, — s. bes. l. 5, 10, 1 D. 16, 2 —, widersprach schon Azo dieser Ansicht. Nach seiner Konstruktion bewirkte die

[1]) Vgl. gegen ihn bes. Liebknecht S. 33 ff.

[2]) Vgl. zu den folgenden äusserst bestrittenen Fragen die Zusammenstellung der sehr zahlreichen Litteratur bei Windscheid II § 349, 10 auch d. Artikel „compensatio" Pauly-Wissowa.

[3]) S. 90 ff. bezw. S. 173.

Kompensation, wenn sie von einer Partei vorgebracht wurde, gegenseitige Aufhebung ex tunc. Aus Gründen, die wir noch sehen werden, fand diese Ansicht in der Theorie und Praxis ausserordentliche Verbreitung; ihre Spuren finden sich auch noch im B.G.B.

Die Gegner dieser beiden materiellen Auffassungen von „ipso iure" — statt aller: Brinz[1]) und Eisele[2]) — setzen als Gegensatz dazu: „ope exceptionis" und lehren, die comp. solle im Prozess wie ein ipso iure wirkendes Verteidigungsmittel behandelt werden. Dass diese Lehre aber mit sich selbst in Widerspruch steht, indem sie nur zu halten ist, wenn man eben der comp. ipso iure — Wirkung im materiellen Sinne beilegt, hat m. E. Liebknecht S. 14/15 bewiesen. Es ist aber schliesslich garnicht gesagt, dass das ipso iure überhaupt einen Gegensatz haben müsse, wie so viele annehmen; vielmehr hat m. E. Jörs[3]) mit Recht auf Folgendes hingewiesen: Anknüpfend an die Klageformeln gingen die römischen Juristen allgemein von der Anschauung aus, dass Inhalt einer Obligation nur das sei, was im Prozess geltend gemacht werden könne. Wenn nun der argentarius[4]) bei Gefahr der völligen Abweisung nur sein Saldo einklagen durfte, so war dies nur dadurch zu erklären, dass nach Civilrecht zur Zeit von dem Beklagten weniger geschuldet wurde oder mit andern Worten, dass mit dem Gegenübertreten beider Forderungen ipso iure die Aufrechnung eingetreten sein musste. Das „ipso iure minus debere" war also schliesslich nichts anderes als eine „Denkform zur Erklärung der pluris petitio[5])". Aehnlich wie beim argentarius lag die Sache bei den

[1]) Brinz, Comp S, 23, 39 ff.

[2]) Eisele S. 190 ff.

[3]) Jörs bei Birkmeyer S. 130 ff. Vgl. auch Pernice S. 275. Wendt P. S. 579.

[4]) von diesem handelt fr 4 D. 16, 2 sicherlich, s. Jörs a. a. O. u. Bethmann-Hollweg im Rhein.-Mus. S. 284.

[5]) Jörs a. a. O.

übrigen Klagen; und dass auch Justinian dem obigen Gedankengang nahestand, beweist l. 2, C. 3, 10: vera autem intentionis quantitas ea intellegatur, in quam iudex sententiam fert. Wir erhalten somit, dass ipso iure hinsichtlich des Kompensationsvollzugs garnichts sagt. Da nun auch, wie wir gesehen haben, eine einseitige Willenserklärung nicht imstande war die Aufrechnung herbeizuführen, bleibt nur übrig dass es Kompensation gegen den Willen des anderen Teils tatsächlich nur im Prozesse gab. Wird sie doch auch bei Gaius unter den actiones, in den Dig. nach der exc. sen. cons. Vellei., im Codex nach der exc. n. num. pec. behandelt[1])! Ja, nach dem Berichte der Quellen, die als Grundgedanken den Satz hinstellen: unusquisque creditorem suum .... petentem summovet, l. 2 D 16, 2, scheint es direkt, wie Pernice a. a. O. hervorhebt, als ob man absichtlich die weitere Ausbildung des der comp. zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgedankens unterliess. Auch Justinian hat durch l. 14 pr. C IV 31, indem er die compensatio als Einrede gegenüber einer actio beibehielt, ihr den Weg zur Entwicklung nach der materiellen Seite verschlossen[2]), sodass wir auch für das gemeine Recht zu dem unbefriedigenden Resultat der prozessualen Natur der Aufrechnung gelangen müssen. Herbeigeführt wurde demnach die Komp. durch Folgendes: die Erklärung des Beklagten, dass eine Gegenforderung bestehe, Kläger also dolos handele, dass er seine volle Forderung einklage, ohne ein comp.-Angebot zu machen[3]), und das richterliche Urteil, welches diese Behauptung evtl. für zutreffend erklärte und abwies bezw. kompensierte. Das Komp.-vorbringen war also zunächst Anführung einer Tatsache, die den Beklagten berechtigte die Befriedigung der Klag-

[1]) so mit Recht Fröhlich S. 25.

[2]) Siber S. 89.

[3]) dagegen, dass ein comp. angebot des Beklagten Voraussetzung für die exc. doli gewesen sei, - so Liebknecht S. 18, 46 vgl. vor allem Siber S. 20 ff., 78

forderung bis zur Höhe der Gegenforderung zu verweigern. Das Recht hierzu war seit Kompensabilität beider Forderungen entstanden, mag man im übrigen annehmen, dass die Forderungen von jenem Zeitpunkt an sich afficierten[1]) oder nicht[2]). In dem Vorbringen des Beklagten lag aber freilich mehr als die blosse Anführung des Gegenüberstehens der Gegenforderung, nämlich die stillschweigende Erklärung, dass er bereit sei, jene Gegenforderung aufzuopfern, wenn der Richter ihn um diesen Preis freisprechen wollte. Der Beklagte leugnete demnach weder das Entstandensein noch das Bestehen des klägerischen Anspruchs noch auch vernichtete er durch seine Erklärung diesen Anspruch; vielmehr machte er eine exceptio — und zwar eine exc. peremtoria — im materiellen Sinne geltend, d. h.[3]) „ein Gegenrecht, welches dem Beklagten zusteht, und dessen Verwirklichung dadurch bedingt ist, dass er es geltend macht", (Einrede). Gerade die comp.-Einrede hat dazu gedient den Begriff der exc. im materiellen Sinn, um dessen Existenzberechtigung hart gekämpft wurde und wird[4]), zu stützen. Wenn auch Windscheid zuzugeben ist, dass nicht überall ein innerer Grund dafür ersichtlich ist, weshalb das röm. Recht einen bestimmten Umstand als exc. behandelt oder ihn ipso iure wirken lässt, — dies lässt sich vielmehr nur rein historisch feststellen —, so ist es doch andererseits unleugbar, dass es Einwendungen geben musste und geben muss, die der Richter nur berücksichtigen darf, wenn sie vom Beklagten vorgebracht werden, und die der Beklagte unterlassen kann, wenn er will. Zu diesen gehörte vor allem die comp.-Einrede, da sie dem Beklagten ein „materielles Opfer[5])", die Preisgabe seiner Forderung, auferlegte. Daher durfte der Richter, wenn er auch irgendwie von der Gegenforderung etwa

[1]) Windscheid II, 428.
[2]) D.C. 301.
[3]) Dernburg Pand. II, 173.
[4]) vgl. R. Leonhard Irrtum 309 ff., Windscheid I S. 174 1.
[5]) Leonhard a. a. O. S. 311.

Kenntnis erlangt hatte, die Kompensation nicht vornehmen, ohne dass der Beklagte es verlangt hätte. Jenes materielle Opfer, das der Beklagte bringt, ist aber zugleich auch das charakteristische Unterscheidungsmerkmal der comp.-Einrede von den anderen Einreden. Diese richtet sich garnicht wie die anderen peremtorischen Einreden gegen den Anspruch als solchen, sondern nur gegen den Anspruch auf Barzahlung. Und während sonst eine exc. peremtoria bewirkt, dass der Kläger ohne Befriedigung abgewiesen wird, ist dies hier nur rein äusserlich betrachtet der Fall. Tatsächlich hat der Kläger nicht etwa nichts, sondern nur ein aliud als das, was er verlangte, erhalten, oder wie Windscheid[1]) es ausdrückt: das Urteil nötigt den Gläubiger vom Schuldner statt der Leistung des Geschuldeten eine Befreiung anzunehmen, es vollzieht eine vom Schuldnerdem Gläubiger aufgedrängte in solutum datio. Rein rechnerisch verliert und schenkt daher der Schuldner nichts, wenn er die comp. Einrede nicht vorbringt. Hier einen comp.-Vertrag anzunehmen, bei dem der fehlende Wille des Gläubigers durch das Urteil ersetzt wird, wie Eisele dies tut, ist nicht nur ein „unnötiger Umweg[2])", sondern irreführend und falsch; — s. dagegen vor allem Siber S. 21 ff. Von dem anderen Gesichtspunkt ausgehend, dass ja auch der Beklagte für seine Gegenforderung befriedigt wird, wenn er Kompensation erlangt, hat man in der comp.-Einrede eine „unentwickelte Widerklage" sehen wollen[3]). Zuzugeben ist unbedingt, dass es regelwidrig ist, wenn eine Einrede zur Befriedigung führt. Man muss aber bedenken, dass bei der comp. die Befriedigung des Schuldners ursprünglich hinter der Abwehr des Klägers völlig zurücktrat, — vgl. S. 27 „petentem summovet", und dass die Annahme einer unentwickelten Widerklage doch nur eine Umschreibung, keine Lösung des Problems bedeutet[4]).

[1]) Windscheid II S. 434, 14.
[2]) Windscheid a. a. O.
[3]) Wendt P. 582. Schollmeyer Comp. 26.
[4]) Siber S. 81.

Das Ergebnis unserer Untersuchung, dass die Aufrechnung im röm. und gem. Recht nur im Prozess und zwar durch Einrede und Urteil vorgenommen werden konnte, ist vom praktischen Standpunkt aus wenig befriedigend, da für den Schuldner oft die Befriedigung des eigenen Anspruchs viel wichtiger ist als die Abwehr der Klage, ferner aber diese Selbstbefriedigung durch Tilgung der Gegenforderung ein rein materieller Akt ist, der von der Stellung des Gläubiger = Schuldners im Prozess losgelöst sein muss. Wenn die Aufrechnung überhaupt Sinn haben soll, so muss, falls man nicht die beiden Forderungen mit ihrem Gegenübertreten sich aufheben lässt, einem jeden Teile unter bestimmten Voraussetzungen das Recht zustehen die gegenseitigen Forderungen zum Erlöschen zu bringen. Nur dies entspricht der Natur der comp. als einem Erfüllungssurrogat; dies ist auch der Grund, weshalb die von den Glossatoren aufgestellte reine bezw. modifizierte [Azo] ipso-iure-Theorie so ausserordentlich grossen Anklang in Theorie und Praxis fand und in die neueren Kodifikationen übergegangen ist, im Gegensatz zur röm. Anschauungsweise.

Nur kurz ist noch zu erörtern, was denn nun geschah, bevor es zum Prozess kam, wenn zwei Personen sich gegenseitig gleichartige Gegenstände schuldeten.

Einseitig kompensieren konnten sie nicht, vielmehr hat ein jeder dem anderen Teil die volle Zahlung verweigert und dadurch sicherlich oft — zumal bei unstreitigen Ansprüchen — eine endgiltige tatsächliche Erledigung beider Ansprüche herbeigeführt [1]). Jene Verweigerung der vollen Zahlung übte aber rechtlich auf den Bestand beider Förderungen nicht den geringsten Einfluss aus; ebensowenig kann man etwa sagen: „Wirkung und Gegenwirkung der beiderseitigen Forderungen ist zuoberst gegenseitiges Retentionsrecht“ — so Brinz

[1]) Vgl. auch R. Leonhard bei Pauly-Wissowa IV, S. 785.

Pand. S. 421 N. 4. Vielmehr erfolgte nur ein rein tatsächliches retinere. Dem anderen Teile kam es ja nicht darauf an, wie es das charakteristische Merkmal des Z.B.R. wäre, nur gegen Empfang der Gegenleistung seinerseits zu leisten, sondern er wollte ja überhaupt nicht in natura leisten! Dieses retinere ist aber rechtlich unerheblich; eine endgiltige rechtliche Regelung konnte erst im Wege des Vertrages oder des Prozesses erfolgen.

Im Gegensatz zur comp. hat sich die Geltendmachung eines Z.B.R. bald vom Prozesse, von dem sie allerdings auch ihren Ausgang genommen hat, losgelöst. Man erfasste das Retentionsrecht als materielle Befugnis, sodass etwa seit Hadrian die exc. doli fast nur als eine Form erschien, einen Ausgleich widerstreitender Ansprüche herbeizuführen, denen man mit mehr oder minder klarem Gefühl selbständige Natur zuschrieb [1]). Diese Entwicklung erscheint leicht erklärlich, wenn man bedenkt, dass die aussergerichtliche Weigerung, nur gegen Empfang der Gegenleistung zu leisten, genau dieselbe Bedeutung hatte und hat, wie die gerichtliche, da sich ja das Z.B.R. auf die Defensive beschränkt. Dem steht nicht entgegen, dass das Z.B.R. seine stärkste Kraft freilich erst im Prozess entfaltete, indem es den Beklagten berechtigte, selbst der Macht einer vollkommen begründeten actio gegenüber die eigne Leistung bis nach erfolgter Gegenleistung verweigern zu dürfen [2]). Auch das Z.B.R. richtete sich also gegen einen rechtsbeständigen Anspruch und wurde durch eine exc. im materiellen Sinn — und zwar eine exc. dilatoria — geltend gemacht. Ihr Inhalt, den der Beklagte natürlich zu beweisen hatte, war das Bestehen einer das Z.B.S. rechtfertigenden Gegenforderung.

Hinsichtlich der Person, von welcher das Z.B.R. geltend gemacht werden konnte, folgt aus dem Defensivcharakter des Z.B.R. dass es ein Recht dessen war, gegen den der

---

[1]) Pernice S. 261 ff.

[2]) Zaun im Arch. f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 391.

Gläubiger vorging; während bei der Aufrechnung häufig auch der Kläger ein Interesse an der comp. haben konnte; [z. B.: der Kläger, der eine unverzinsliche höhere Forderung eintreibt, schuldet eine kleinere verzinsliche, oder er will vorher kompensieren, um dem Beklagten diesen Einwand abzuschneiden, oder er hat mehrere Forderungen gegen den Beklagten und will speziell mit einer kompensieren, vgl. D.C. S. 546 ff, Eisele S. 362 ff.]. Aus diesem Grunde gab man, ohne von der grundsätzlichen Gestaltung der comp. als einer Einrede abzugehen, auch das Recht, auf Aufhebung der gegenseitigen Forderungen zu klagen, also gewissermassen cum compensatione agere. Sowohl die Zulässigkeit wie die Art und Weise dieses Verfahrens waren aber äusserst bestritten[1]). Es offenbart sich hierin ein Zugeständnis an die materiell-rechtliche Natur der comp., die von einer Parteistellung im Prozess unabhängig sein muss.

b) Bürgerliches Recht.

Wie schon oben erwähnt, brachte die Praxis des gem. Rechts und die neueren Kodifikationen eine durchgreifende Veränderung in der Lehre von der Kompensation hervor. Man bildete sie nach der materiellen Seite hin fort, löste sie völlig vom Prozess los und stritt nur darüber, ob die gegenseitigen Forderungen sich von selbst aufheben oder ob ein Teil die Aufrechnung geltend machen müsse. Der ersten Ansicht folgte das Pr. A.L.R. (I, 16 § 301), der Code civ. (cf. Art 1290: die comp, geschieht même à l'insu des débiteurs) und im Anschluss hieran das Badische Landrecht. Dennoch verhalf die preussische Praxis und Theorie der Ansicht Azos zum Siege[2]); ebenso folgte ihr das sächs. B.G. (Art 992) und die Praxis des Reichsgerichts hinsichtlich des gem. Rechts[3]).

[1]) Vgl. D.C. 645; Eck. a. a. O. S. 140/141; Eisele S. 362 ff.; Schwanert S. 70.

[2]) s. Förster-Eccius Pr. Pr. R. I S. 594/595; a. M. Fischer Pr.Pr.R. S. 359.

[3]) R.G. XI S. 119.

Dieser Entwicklung hat natürlich auch das B.G.B. Rechnung getragen und, indem es der Aufrechnung lediglich ihren materiellen Charakter zu Grunde legt, in § 388 bestimmt: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.“ Infolge des § 389 jedoch: „Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie, zur Aufrechnung geeignet, einander gegenübergetreten sind“, hat sich freilich für die theoretische Konstruktion des Aufrechnungsvollzugs die Frage erhoben, ob die Koexistenz der Forderungen unter der Bedingung der Geltendmachung die Aufrechnung bewirke[1]), oder ob die einseitige Aufrechnungserklärung allein zur Tilgung beider Forderungen führe[2]). Letzteres ist m. E. richtig, da das Gesetz in den §§ 388,389 unzweideutig unterscheidet: „Die Aufrechnung erfolgt“, und „die Aufrechnung bewirkt“, und da auch die andere Ansicht über die Notwendigkeit einer Fiktion nicht hinwegkommt. Jedenfalls ist die Aufrechnung nach B.G.B. ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, sodass bei ihr die Vorschriften über Rechtsgeschäfte im allgemeinen und empfangsbedürftige Willenserklärungen im besonderen Anwendung finden. Dagegen ist das Vorbringen der Aufrechnung keine Einrede im Sinne B.G.B.; hierunter haben wir vielmehr nur ein solches Gegenrecht zu verstehen, welches, ohne den Bestand des Anspruchs aufzuheben, den Verpflichteten berechtigt die Leistung zu verweigern[3]), während sich ja die Aufrechnung gegen den Bestand des Anspruchs richtet, das Erlöschen der beiderseitigen Forderungen herbeiführt. Diese Ansicht bezüglich der Natur der Aufrechnungserklärung wird jetzt allgemein

---

[1]) so Oertmann zu § 387 Vorbem. N: 2, Dernburg Bürg. R. II. S. 328 u. a.

[2]) so Planck Vorb. zu § 387, 2, Schollmeyer Vorb. zu § 387, 1b.

[3]) Friedenthal S. 61.

richtig vertreten[1]), mit Ausnahme derjenigen, die, wie Hölder[2]), den besonderen Einredebegriff des B.G.B. überhaupt leugnen. [Hölder's Beispiel dafür, dass die Aufrechnung eine Einrede wie alle anderen sei, zeigt gerade, dass ihm unmöglich beigestimmt werden kann. Gewiss verweigere ich jemandem, der 100 M. von mir verlangt und dem ich nur 50 M. schicke, weil ich mit einer Forderung von 50 M. aufrechne, die Leistung von weiteren 50 M; aber dieses Verweigern geschieht nicht, obwohl ich die 50 M. noch schulde, sondern weil ich sie eben nicht mehr schulde und dieses Verweigern ist keine Einrede i. S. des B.G.B.] Andrerseits kommen wieder diejenigen, die mit Hellwig[3]) der Ansicht sind, dass das peremtorische Einrederecht ein Anfechtungsrecht inbezug auf den Anspruch darstellt, zu dem Resultat, dass die Aufrechnung von einer — im Prozess vorgebrachten — Einrede sich nicht unterscheide. Aber davon, dass durch das Vorbringen einer Einrede im Prozess der Anspruch vernichtet würde, ist ja nirgends die Rede, so unbefriedigend das Ergebnis eines, wenn auch nur theoretisch, für immer fortbestehenden, mit einer Einrede behafteten Anspruchs auch sein mag[4]). Wir erhalten somit als wesentlichen Unterschied der Aufrechnung von einer Einrede, dass die A. sich gegen den Bestand des Anspruchs richtet, während selbst das den Anspruch auf Grund einer peremtorischen Einrede abweisende Urteil ihn nicht zum Untergang bringt. — Erfolgt jetzt die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess, [was selbstredend zulässig ist], so ihr Inhalt entweder Berufung auf bereits erfolgte Aufrechnung oder erst Erklärung der Aufrechnung und Bezugnahme auf die dadurch erfolgte Tilgung der Forderung. In jedem Falle enthält das Vorbringen der Aufrechnung jedoch im Sinne der C.P.O. eine „Einrede", d. h. „einen ausserhalb des Klaggrundes

[1]) so jetzt auch Cosack I, S. 369, 4.
[2]) Hölder: Arch. f. ziv. Praxis 1902 S. 122 ff. 128.
[3]) Hellwig, Anspr. u. Klagrecht S. 10 ff, 20.
[4]) Fischer zu § 202 n: 6; Friedenthal S. 69/70.

liegenden Grund zur Abweisung [1]). Wird die Aufrechnung erst im Prozess erklärt, so müssen wegen der zwiefachen Natur der Erklärung zu ihrer vollen Wirksamkeit sowohl die für die materiellen wie die für die prozessualen Wirkungen erforderlichen Voraussetzungen vorhanden sein. Andernfalls kann die Aufrechnung sehr wohl materiell wirksam, für den Prozess aber unwirksam sein und umgekehrt. Dadurch aber, dass die Aufrechnung im Prozess erfolgt, kann sich ihr civiler Charakter unmöglich ändern, wie Kohler [2]) behauptet. Ist doch auch ein Unterschied zwischen einer prozessualisch und ausserprozessual erklärten Aufrechnung nicht im mindesten durch das Gesetz begründet. Demnach ist die im Prozess erklärte Aufrechnug von dem Schicksal des Prozesses unabhängig [3]). — In jedem Falle muss die Erklärung der Aufrechnung gemäss § 388,2 ohne eine Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden, andernfalls ist sie unwirksam, ohne dass es einer Zurückweisung bedürfte. Hiervon wird jedoch der richtigen Ansicht nach die Eventualaufrechnung für den Fall nicht berührt, dass die Forderung überhaupt der Existenz nach bestritten ist. Anders wenn nur für den Fall aufgerechnet ist, dass dem Schuldner eine Einrede gegen die Forderung nicht zusteht, diese selbst aber nicht bestritten wird [4]). Denn nur bei der ersten Annahme ist die Aufrechnung von einer reinen cond. iuris — dem Bestehen des geltend gemachten Anspruchs — abhängig gemacht, und eine solche Bedingung

[1]) Fischer a. a. O.

[2]) Kohler: Zeitschr. f. Civ.-Proz. 24, S. 17; dagegen Siber S. 112, Dernburg B.R. II, S. 321. Schollmeyer a. a. O.

[3]) Zur Abgabe und Entgegennahme der Aufrechnung berechtigt nach der Praxis der Gerichte die Prozessvollmacht. — Vgl. Jur. W. 03. S. 21 N: 33; dag. Planck § 388 1. Ob ein vorbereitender Schriftsatz die Aufrechnungserklärung oder erst deren Ankündigung enthält, ist Tatfrage. s. Schollm. 2 a zu § 388, a. M. Planck a. a. O.

[4]) Vgl. Siber S. 118 ff., Planck § 388 N: 2 und § 390[8] Schollm. § 388,2c. und § 390, 4, ungenau: Mot. II S. 108 — Beispiel: ich behaupte Stundung; evtl. rechne ich auf.

ist eben keine Bedingung im Rechtssinne; im zweiten Fall dagegen handelt es sich, da Aufrechnung gegen eine einredebehaftete Forderung an sich möglich ist, nicht um eine cond. iuris sondern meist um eine cond. in praes. relata, auf die die Anwendung von § 388[2] geboten seinkann.

Fragen wir demgegenüber, wie das Z.B.R. nach B.G.B. geltend gemacht wird, so gibt uns § 273 die Antwort: unter gewissen Voraussetzungen kann der Schuldner „die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird." Hieraus folgt, dass die Geltendmachung eines Z.B.R. ebenso wie die Aufrechnung unter den Begriff der „Gegenrechte" fällt[1]); da aber das Z.B.R. nur das Recht gewährt, die geschuldete Leistung zu verweigern, ohne dass der Anspruch selbst davon berührt würde, haben wir es hier mit einer Einrede i. S. des B.G.B. zu tun — vgl. über diesen Begriff oben S. 33. Mit Rücksicht darauf, dass diese exceptio im Gegensatz zu anderen non differt actionem sed executionem. — cf. § 274 B.G.B.—, ein Gedanke, der sich übrigens schon bei Zaun[2]) findet, sieht Endemann in der Einrede des Z.B.R. etwas Besonderes und findet es ungenau, hier überhaupt von einer „anspruchhemmenden Einrede" zu sprechen[3]). Aber zu einer vollen actio gehört eben die executio! E. sagt ja selbst a. a. O., dass der Anspruch durch Geltendmachung eines Z.B.R. „materiell beschränkt", „der unbedingte zu einem bedingten umgewandelt" wird. Dies ist doch aber unbestreitbar eine Hemmung, und davon, dass jede Einrede i. S. des B.G.B. zur Abweisung des Anspruchs führen müsste, ist ja nirgends die Rede. Im übrigen kommt die bedingte Verurteilung, welche die Folge der Geltendmachung des Z.B.R. ist, sachlich, wie wir noch sehen werden, auf dasselbe hinaus wie Abweisung zur Zeit. — Von der Aufrechnung unterscheidet sich das Z.B.R. — wie auch jede andere Einrede —

[1]) Friedenthal S. 61.
[2]) a. a. O. S. 429.
[3]) Endemann S. 713 N. 21.

hinsichtlich der Art und Weise des Vorbringens dadurch, dass es zufolge seiner Defensivnatur — abgesehen von einer denkbaren Feststelluugsklage — nie aus eigener Initiative des Verpflichteten, sondern nur gegenüber dem in irgend einer Weise geltend gemachten Anspruch des Gläubigers wirksam wird. Dass dieser Anspruch gerade gerichtlich geltend gemacht sein müsse und eine Einrede im Gegensatz zur Aufrechnung mit rechtlicher Wirksamkeit nur im Prozess vorgebracht werden könne", wie Friedenthal[1]) lehrt, ist unrichtig. Einmal widerspricht das der Konstruktion des Z.B.R., das auch nach B.G.B., ebenso wie im gemeinen Recht, ein materielles Recht, nicht lediglich ein prozessuales Rechtsmittel darstellt (Z.B.R.-Einrede im materiellen Sinn, i. S. d. B.G.B.), sodann aber ist die aussergerichtliche Weigerung zu leisten tatsächlich und rechtlich ebenso wirksam wie die gerichtliche. In beiden Fällen erhält der Gläubiger vorläufig nichts und in beiden Fällen wird keine Rechtsänderung herbeigeführt[2]). Natürlich kann und soll nicht geleugnet werden, dass praktisch von besonderer Wichtigkeit gerade das Recht des Beklagten, die Leistung zu verweigern, ist. — Erfolgt die Geltendmachung des Z.B.R. in einem Prozess, so stellt diese Erklärung auch ein „Einrede i. S. d. C.P.O. dar[3]). In jedem Fall erfolgt die Geltendmachung formlos, das R.G. hat aber mit Recht entschieden[4]), dass die Geltendmachung eines Z.B.R. im Prozess noch nicht in dem Antrag auf Klageabweisung überhaupt liege, sondern dass das Z.B.R wie jede andere Einrede, speziell vorgebracht werden müsse, um berücksichtigt zu werden. Auch in einer Aufrechnungserklärung ist die Geltendmachung eines Z.B.R. nicht etwa eventuell enthalten, wie das R.G.

[1]) Friedenthal S. 66; ähnl. Endemann S. 514/515.

[2]) So richtig Friedenthal selbst S. 71. Für die dilator. Einreden ist dies unbestreitbar. — Wegen der peremtor. s. oben S. 34.

[3]) Ueber diesen Begriff s. oben S. 34/35.

[4]) Jur. W. Beil. 03 S. 16. N. 33.

daselbst weiter ausführt, „da das Z.B.R. gegenüber dem Rechte zur Aufrechnung nicht das mindere, sondern überhaupt ein ganz anderes Recht ist.“ Desgleichen wird man auch, wenn das Z.B.R. ausserhalb eines Rechtsstreits ausgeübt wird, ausdrückliche Erklärung darüber verlangen müssen, da der andere Teil durch Leistung bezw. Sicherheitsleistung die Geltendmachung des Z.B.R. zu verhindern in der Lage sein muss.

Anhang.

§ 6. Zeit des Vorbringens im Prozess.

Kurz zu erwähnen sind noch die Unterschiede in der prozessualen Behandlung der Aufrechnung und der Einrede des Z.B.R. Anfangs zwar, im klass. röm. Recht, musste sowohl die Retention wie die Kompensation im stricti iur. iud. in iure vorgebracht werden, damit sie durch die exc. doli Berücksichtigung fanden. Dies änderte sich aber mit dem Wegfall des ordo iudic. privat. Jedenfalls seit Diocletian (l 2 C 7,50) konnten peremtor. Einreden bis zum Urteil vorgebracht werden, während die Einrede des Z.B.R., bis Justinian vor der lit. cont. vorgebracht werden musste. Für das gem. Recht galt zwar gemäss dem J.R.A. die Eventualmaxime, wonach alle Einreden im ersten Termin auf einmal vorgebracht werden mussten, die Praxis nahm aber hiervon gewisse sofort liquide zu stellende Einreden aus. Ob zu diesen die Kompensationseinrede gehörte, war bestritten [1]), dagegen war ziemlich allgemein anerkannt, dass die Retentionseinrede am Beginn des Prozesses vorgebracht werden musste [2]). Seit der C.P.O. § 273 (251 a. F.) können grundsätzlich alle Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, vorgebracht werden, also sowohl die Aufrechnung wie das Z.B.R. Während aber in der Berufungsinstanz

[1]) vgl. Koch II, S. 729 ff. D.C. 532 ff.

[2]) vgl. Zann a. a. O. S. 415; Schenck S. 315.

nach der C.P.O. die Retentionseinrede unbeschränkt zulässig ist, wird die Aufrechnung zurückgewiesen, wenn nicht der Beklagte glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden nicht schon in erster Instanz sie vorbringen konnte, es sei denn, dass der Kläger mit der Aufrechnung einverstanden ist (§ 529 C.P.O.)[1]). Von besonderer Wichtigkeit ist dieser Unterschied in dem Falle, dass ein Schuldner, der aufrechnen konnte, ein Z.B.R. in der Berufungsinstanz geltend macht. Dies muss ihm unbeschränkt gestattet sein, da lediglich sein Wille entscheidet, in welcher Weise er sich gegen den Anspruch des Klägers wehren will[2]). In der Vollstreckungsinstanz schliesslich kann das Z.B.R. nur noch unter den Voraussetzungen des § 767[2] C.P.O. im Wege der Klage geltend gemacht werden, während die Aufrechnung auch dann noch jederzeit erfolgen und durch Klage geltend gemacht werden kann, wenn sie schon während des Prozesses hätte erfolgen können. Denn der Grund, auf welchem die Einwendung, dass aufgerechnet werde, beruht, besteht nicht in der Möglichkeit der Aufrechnung, sondern in der Aufrechnungserklärung selbst[3]).

V. § 7. Prozessuale Wirkungen.

a) im Allgemeinen:

Entsprechend ihrem verschiedenen Zweck sind auch die Wirkungen der Aufrechnung und der Geltendmachung eines Z.B.R. sowohl auf materiellem, wie auf prozessualem Gebiete verschieden. Das klass. röm. Recht versagt hier freilich aus dem Grunde, weil eine jede lit. contestatio zur Konsumierung der actio führte, auch wenn nur eine dilator. exc. dem Anspruch

---

[1]) Evtl. ergeht ein Vorbehaltsurteil. Vgl. aber wegen Schadensersatz § 541, 2 mit § 302, 4 C P.O!

[2]) s. oben S. 23. — Schlegelb. S. 169.

[3]) so Endemann S. 840 3, Planck zu § 389 N. 3. Zu einem anderen Ergebnis muss man natürlich kommen, wenn man den Grund der Aufrechnung in der Kompensabilität und der Aufrechnungserklärung sieht. — vgl. darüber oben S. 33.

entgegengestellt wurde. Die exc. doli bei dem Gegenüberstehen kompensabler Ansprüche hatte also ebenso endgiltige Abweisung zur Folge, wie die exc. doli wegen eines Retentionsrechtes. Es ist eine durchaus unbegründete Hypothese. wenn Zaun a. a. O. schon für den klassischen Prozess als Regel bedingte Verurteilung als Folge der Retentionseinrede hinstellt[1]). Eine solche bedingte Verurteilung war wahrscheinlich dem röm. Rechte überhaupt fremd, — abgesehen von den act. arbitrariae, bei denen ein bedingter Kondemnationsbefehl wohl möglich, aber nicht notwendig war[2]). Im justinianschen Prozess dagegen führte die Geltendmachung eines Z.B.R. nur zur vorläufigen, die Aufrechnung zu dauernder — gänzlicher oder teilweiser — Abweisung des erhobenen Anspruchs. Da aber die Aufhebung der Rechtswirkung des Z.B.R. lediglich von dem Willen des Retentionsgegners abhing, indem er nur seinerseits zu leisten brauchte, um sofort mit einer neuen Klage durchzudringen, lernte man in der Praxis des gemeinen Rechts bald den Wert eines bedingten Urteils kennen und wandte regelmässig, aber nicht ausnahmslos, dieses an[3]). Nach B.G.B. § 274 hat die Geltendmachung des Z.B.R. gegenüber der Klage immer nur die Wirkung, dass der Schuldner zur Leistung Zug um Zug verurteilt wird[4]). Dennoch folgt daraus,

[1]) s. dagegen Langfeld S. 125.

[2]) D.C. S. 371, Langfeld a. a. O. und l. 65 pr. D. 6, 1; l. 28 pr. D. 13, 7.

[3]) s. Zaun a. a. O. S. 411 ff. — Dasselbe galt für das preussische Recht, s. Dernburg, Preuss. Recht I S. 935. N. 13.

[4]) So auch bei gegenüberstehenden gleichartigen Forderungen. Es widerspricht dem Gesetz, wenn man in diesem Fall, wie es das R.G. in Bd 61 S 128 getan hat, ohne weiteres die beiden Forderungen kürzen wollte. Ob allein B. dem A. 50 schuldet oder A. dem B. 25 und B. dem A. 75 kann recht erhebliche Unterschiede begründen, so wenn die Forderungen verschieden hoch verzinslich, oder z. B. durch Hypotheken gedeckt sind. Das Unzweckmässige einer Hin- und Herzahlung, was scheinbar die Folge der Verurteilung Zug um Zug sein würde, kann immer noch in der Vollstreckungsinstanz vermieden werden.

dass dem Kläger seine Forderung so, wie er sie einklagt, d. h. unbedingt, nicht zusteht. Auf Grund des Urteils allein kann er nicht vollstrecken — s. §§ 726, 756, 765 C.P.O., 274[2] B.G.B. —, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug steht daher im vorliegenden Falle, wie auch ihre Geschichte ergibt, der Abweisung zur Zeit gleich, nur ist sie praktisch viel vorteilhafter. Dagegen führt die in einem Prozess eingewendete Aufrechnung auch nach B.G.B. stets ein unbedingtes Urteil herbei.

b) exceptio rei iudicatae[1]).

Wurde die Aufrechnung oder ein Z.B.R. im röm. oder gem. Recht geltend gemacht, so wurde durch beide Einwendungen im Wege der Verteidigung ein Anspruch erhoben, da jede Behauptung des Bestehens einer Gegenforderung die Geltendmachung eines Anspruchs in sich schliesst. Aber ein wesentlicher Unterschied bestand darin, dass durch die Kompensation ja dem Beklagten die Möglichkeit gegeben war auch seinerseits Befriedigung zu erlangen, — allerdings nur in der Weise, dass er von einer Verbindlichkeit in entsprechender Höhe befreit wurde -, während die Retentionseinrede stets nur defensiv wirkte und einen indirekten Zwang zur Erfüllung ausübte. Da also der Beklagte für den Fall, dass kompensiert oder die Kompensation wegen Unerweislichkeit der Gegenforderung abgelehnt wurde, die Hilfe des Gerichts in gleicher Weise zur Durchsetzung seines Gegenanspruchs angerufen hatte, wie wenn er geklagt hätte, so stand ihm zufolge des Satzes: ne bis de eadem re sit actio, die exc. rei iud. entgegen, falls er etwa seine Gegenforderung nachher einklagen wollte[2]),

---

[1]) Vgl. zum Folgenden Siber S. 33 ff.. Bekker S. 120 ff.

[2]) Da aber die comp. erst durch das Urteil erfolgte, eine eigentliche actio ja auch nicht erteilt worden war, konnte auch die Consumtion des Anspruchs erst mit dem Urteil erfolgen, s. Bekker S. 131.

[negative Funktion der exc. r. i.] Dagegen konnte trotz zugelassener Retentionseinrede der Anspruch des Retinenten, sofern er überhaupt klagbar war, jederzeit geltend gemacht werden. Ob und inwieweit aber die Parteien nach vorgeschütztem Kompensations- oder Retentionseinwand sich bezüglich des Bestehens oder Nichtbestehens der Gegenforderung in einem neuen Prozess auf das frühere Urteil berufen konnten, (positive Funktion!), muss für das röm. und gem. Recht vor der R.C.P.O. dahingestellt bleiben, da in ihm die äusserst bestrittene Frage nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe zu keiner Lösung gelangte [1]). Für das preuss. Recht war von grosser Wichtigkeit, dass die A.G.O. (I. Tit. 19) Kompensationseinwand und Widerklage verschmolz, indem das Vorschützen einer Gegenforderung als stillschweigendes Erheben einer Widerklage angesehen werden sollte. Die Praxis richtete sich jedoch nur kurze Zeit nach dieser Vorschrift [2]). Im übrigen vertrat die preuss. Theorie und Praxis im Gegensatz zu der im gemeinen Recht vorherrschenden Theorie Savigny's den Standpunkt, dass grundsätzlich zwar blosse Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urteils haben [3]) und nur die im Tenor enthaltene Entscheidung rechtskräftig werden sollte, dass hierdurch aber „ein Zurückgehen auf die Gründe des Urteils, um die wahre Bedeutung der getroffenen Entscheidung zu bestimmen, nicht verboten sei." Dies galt auch nach französ. Recht. Nun fand aber, falls der Kompensation oder Retention stattgegeben wurde mittelbar die Entscheidung über sie in dem Urteilstenor Ausdruck, im anderen Falle aber nicht; daher liess man die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung an der Rechtskraft teilnehmen [4]). Nur bei der Kompensation ging man noch weiter und statuierte Rechtskraft

[1]) Vgl. darüber Windscheid I S. 577 u. dort Literatur.
[2]) Vgl. D.C. 546; Koch II 719 N. 38.
[3]) E.O.-T. 17 S. 462.
[4]) s. Redlich in Ztschrft. f. C.P. XXV S. 371.

auch bei ausdrücklicher Verwerfung[1]). — Auch die C.P.O. brachte keine Ruhe in die Streitigkeiten, obwohl sie prinzipiell mit der Savignyschen Theorie brach (cf. § 293[2] a.F.) Auf Grund der §§ 293[2], 136. 274 C.P.O. a.F. stritt man, ob die Geltendmachung der Aufrechnung eine Widerklage enthalte und ob sie Rechtshängigkeit bewirke. Schuld daran war vor allem die schlechte Fassung dieser Paragraphen („Teilurteil" in § 274), doch gelangte man bald richtig dahin, dieses „Teilurteil" als „Vorbehaltsurteil" zu konstruieren, während die Rechtshängigkeit bestritten blieb[2]) § 293[2] bestimmte nämlich: „Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe des Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll." — Letzteres war neu. — Der richtigen Ansicht nach wurde hierdurch lediglich eine Ausnahme davon gemacht, das grundsätzlich nur über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch rechtskräftig entschieden wurde, ohne dass jedoch darum der Gegenanspruch rechtshängig geworden wäre[3]). Jedenfalls aber war diese Sondervorschrift nicht etwa analog auszudehnen, sodass ein Urteil über ein geltendgemachtes Z.B.R. in keiner Weise hinsichtlich der Gegenforderung Rechtskraft schuf[4]). Bei der Neuregelung der Vorschriften der C.P.O. über die Aufrechnung, die infolge der neuen Konstruktion dieses Rechtsinstituts im B.G.B. notwendig war, wurde der Entscheidung, dass die Gegenforderung besteht, auf Veranlassung von Seuffert die Rechtskraft

---

[1]) s. Redlich a. a. O. — O.-T. 67 N. 32.

[2]) s. R.G. 31. S. 1 ff und eine Zusammenstellung der Literatur bei Geib S. 153.

[3]) Stölzel S. 133. = Diese Ausnahme war notwendig, solange es noch gerichtlichen Kompensationsvollzug gab. — Geib S. 267/335 nimmt an. dass stets eine erhobene Feststellungswiderklage Voraussetzung der Rechtskraft sei. Dann wäre diese aber selbstverständlich, brauchte nicht erst statuiert zu werden.

[4]) s. Wilm.-Levy zu § 293 N. 4.

genommen, zum grossen Nachteil des ganzen Gedankens[1]). Die Frage nach der Rechtshängigkeit ist auch jetzt noch nicht unbestritten[2]), dagegen wird allgemein anerkannt, dass die Rechtskraft ausschliesslich für die Geltendmachung der Aufrechnung in Frage kommt, obwohl auch ein bedingtes Urteil stets die Anerkennung der Gegenforderung enthält[3]).

c) Kostenlast.

Dass der Beklagte die Prozesskosten zu tragen hat, falls er während des Rechtsstreits erfolglos aufrechnet oder zurückbehält, ist selbstverständlich. Wie steht es aber im umgekehrten Fall? Das R.G.[4]) vertritt den Standpunkt, dass, „wenn in einem Rechtsstreit rechtzeitig eine Aufrechnungserklärung abgegeben wird, auf Grund deren die klagende Partei unterliegt, letztere dann kostenfällig ist, wenn schon vor dem Beginn des Prozesses beide Forderungen einander gegenüber gestanden haben.“, und begründet dies mit der Rückziehung auf Grund von § 388 B.G.B. und § 91 C.P.O. Dieser Ansicht ist insofern ein entscheidender Irrtum unterlaufen, als sie davon ausgeht, dass stets, wenn der Beklagte aufrechnet, der Kläger i. S. von § 91 C.P.O. „unterliegt.“ Rein äusserlich betrachtet mag dies richtig sein; es muss auch zugegeben werden, dass derjenige, welcher im Prozess aufrechnet, in erster Linie sich verteidigen, die Klage zur Abweisung bringen will. Insbesondere tritt dieser Zweck in den Vordergrund, wenn die Klageforderung bestritten, die Gegenforderung

[1]) Dagegen wird man mit Stölzel S. 158 ff. gegen Struckmann-Koch zu § 322 N. 4 C.P.O. anzunehmen haben, dass das „Nichtbestehen“ im § 322. 2 auch das „Nichtmehrbestehen“ umfasst. Nur die Entscheidung über das „Bestehen“ soll nicht mehr rechtkräftig werden.

[2]) s. jedoch Kohler, Ztschrft. f. d. Z. P. XXIV S. 25 ff., Schollmeyer vor § 387, 2 a.

[3]) vgl. die Bedenken, die gegen Statuierung der Rechtskraft in diesem Fall sprechen, bei Stölzel S. 131 ff.

[4]) R.G. 50 S. 389.

aber unbestritten ist, da es alsdann dem Beklagten jedenfalls nicht darauf ankommt den Gegner statt durch Zahlung durch Aufrechnung zu befriedigen[1]), sondern er will ja in erster Linie überhaupt nicht leisten! Andrerseits kommt aber in Betracht, dass vorbehaltlose Aufrechnung stets Anerkennung und Befriedigung der Klagforderung enthält, die Sachlage ist also dieselbe, als wenn im Prozess gezahlt würde[2]). Begehrt demnach der Kläger alsdann nur noch Verurteilung zu den Kosten bezw. zu der Differenz, so dringt er durch, wenn der Beklagte Veranlassung zu der Klage geboten hat. Ob dies der Fall gewesen, kann sinngemäss nur nach den Verhältnissen zur Zeit der Klageerhebung beurteilt werden, an denen durch die Rückwirkung des § 389 B.G.B. natürlich nichts geändert wird. Ebensowenig aber, wie bei vorbehaltloser Aufrechnung von einem „Unterliegen" des Klägers die Rede sein kann, unterliegt er bei eventueller Anfrechnung, wenn seine Klagforderung begründet war. Beschränkt er sich also bei eventueller Aufrechnung auf die Kostenfrage, bezw. die Differenz, so muss zunächst entschieden werden, ob die Klagforderung bestand. In diesem Fall ist die Rechtslage dieselbe wie oben. Nur wenn er dies nicht tut, müssen ihn unter allen Umständen die Kosten treffen, da er ja keinesfalls noch die volle Klagsumme zu fordern hat. Das R.G. übersieht in der oben angeführten Entscheidung, dass der Auf-

---

[1]) Über die proz. Behandlung dieses Falles: Stölzel II. — Schon der Umstand, dass der Beklagte auf Grund seines Gegenrechts Klageabweisung bei wirklich bestehender Klagforderung erzielen kann, beweist m E., dass er erst recht dasselbe bei streitiger Klagforderung muss erreichen können. (s. Leonhard-Eck I S. 371) denn „in majori est minus". (Klageabweisungstheorie). Vgl. auch D.J.Z. 1905 S. 513.

[2]) Vgl. Stölzel a. a. O., bes. S. 354 ff., darüber, dass nur die Klagabweisungstheorie zu vernünftigen Ergebnissen bei der Kostenentscheidung kommt.

rechnungsgegner nicht etwa nichts, sondern nur ein aliud erhält (s. oben S. 29), also auch nicht auf Grund der Erklärung der Aufrechnung „unterliegt." Bei näherer Betrachtung findet man, dass jene Entscheidung den Ueberrest der alten Anschauung von der exc. doli darstellt, vermittels derer die Kompensation durchgeführt werden musste: Der Kläger handelt dolos, wenn er, ohne auf seine Schuld Rücksicht zu nehmen, seine volle Forderung einklagt, zur Strafe wird er kostenfällig abgewiesen! Indirekt würde dadurch auf jeden Gläubiger-Schuldner ein Zwang zur Aufrechnung ausgeübt werden. Dies widerspricht aber völlig ihrer Konstruktion. Jeder Teil kann aufrechnen und muss sich die Aufrechnung gefallen lassen; davon, dass er selbst aufrechnen müsste, ist nirgends die Rede. Solange es freilich nur Kompensation mit Hilfe der exc. doli gab, war kostenpflichtige Abweisung am Platze. Heute aber kann ja grundsätzlich der andere Teil jederzeit aufrechnen. Wurde er gemahnt, so muste er zahlen oder aufrechnen; tat er keins von beiden, so gab er Anlass zur Klage und muss die Kosten ebenso tragen, als wenn er erst im Prozess zahlte. Welche Ungerechtigkeiten die Ansicht des Reichsgerichts nach sich zieht, ergeben die Fälle, wo nur der Beklagte, nicht aber der Kläger, aufrechnen kann, am deutlichsten, da hier der letztere, ohne zu klagen, weder sein Geld nach Befreiung von seiner Schuld erlangen kann. M. E. dürfte daher wohl anzunehmen sein, dass das R.G. mindestens in solchen Fällen den oben allgemein aufgestellten Grundsatz einer strengen Kritik unterwerfen wird.

Wird dagegen die Retentionseinrede mit Erfolg vorgebracht, so kann man betreffs der Kostenlast zunächst Zweifel hegen, da ja der Beklagte trotzdem verurteilt wird (§ 274). Gaupp-Stein[1]) will aus diesem Grunde stets dem Beklagten die Kosten auferlegen, während andere[2]) § 92 für anwendbar halten. Beides ist irrtümlich.

[1]) zu § 91, V.

[2]) s. Eccius b. Gruchot 42 S. 249.

Ausschlaggebend muss sein, dass das Z.B.R. zur Verweigerung der Leistung berechtigt und zwar unter allen Umständen, auch gegenüber der Klage. Das Leistungsweigerungsrecht wird auch ausdrücklich in dem bedingten Urteil anerkannt; dieses steht sachlich, wie wir gesehen haben, der Abweisung zur Zeit gleich und ist nur aus praktischen Gründen an deren Stelle getreten. Da nun einerseits der Beklagte, der das Z.B.R. vorschützt, leisten will, aber nur wenn auch der andere leistet, und auch nur so verurteilt wird, andrerseits der Kläger unbedingte Verurteilung begehrt hat, aber nur eine bedingte erzielt, ist er und nicht der Beklagte stets der allein unterliegende Teil. Allerdings trifft dies nur zu, wenn der Beklagte ausdrücklich das Z.B.R. geltend macht (s. oben S. 38), nicht aber, wenn er schlechthin die Leistung verweigert und z. B. Klageacweisung begehrt. In diesem Falle kann § 92 C.P.O. anwendbar sein.

VI. § 8. Materiell-rechtliche Wirkungen.

Abgesehen davon, dass über die Aufrechnung im Prozess in gewissem Umfang, wie wir gesehen haben, rechtskräftig entschieden und somit unter den Parteien Recht geschaffen wird ohne Rücksicht auf materielle Richtigkeit, bewirkt die Aufrechnung regelmässig[1]) Aufhebung der gegenseitigen Forderungen in dem sich deckenden Betrage, während das Z.B.R. den Bestand beider Forderungen unberührt lässt. Mehr als eine Suspension seiner Rechtspflicht erlangt der Retentionsberechtigte nicht, daher können sich auch seine Pflichten seit dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Z.B.R. weder vermindern noch steigern. Insbesondere haftet er nicht etwa von jener Zeit an wie

---

[1]) anders in den Fällen der Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche und bei dem sog. Ablösungsrecht, §§ 268, 1142, 1143 B.G.B.; hier geht regelmässig der dingliche Anspruch bezw. die Gegenforderung auf den aufrechnenden Teil über, cf. Siber S. 84 ff.

ein Pfandgläubiger[1]); jedoch kann sich seine Haftung dadurch ändern, dass der Retentionsgegner gemäss § 298 B.G.B. in Gläubigerverzug gerät[2]). Ferner führt das Z.B.R. des bürgerlichen Rechts niemals zur Befriedigung[3]), vielmehr muss der Retinent, um diese zu erlangen, seine Gegenforderung evtl. einklagen und daraufhin die Zwangsvollstreckung betreiben[4]). Andrerseits folgt aus der endgiltigen Regelung, die die Aufrechnung nach sich zieht, dass dem anderen Teil eine sog. replica compensationis grundsätzlich versagt ist[5]), während der Retentionsgegner die Ausübung des Z.B.R. durch Leistung bezw. Sicherheitsleistung abzuwenden vermag. Was die weiteren materiellrechtlichen Folgen betrifft, so sind uns hinsichtlich der Aufrechnung zwei Bestimmungen in den Quellen überliefert, um die ein heftiger Streit tobt: das Aufhören des Zinsenlaufs und die cond. indebiti zu Gunsten desjenigen, der kompensieren konnte, dies aber irrtümlich verabsäumte[6]). Indem man diese Vorschriften den verschiedenen ipso iure Theorieen anzupassen bezw. sie als Stützen für die eine oder andere Theorie zu verwenden trachtete, fasste man sie bald als Sondervorschriften, bald als Symptome allgemeiner Grundsätze auf. Für uns ergibt sich Folgendes: da von der Kompensabilität an eine Klage bei Vorschützen der Kompensation nur zur Verurteilung in den Rest führte, dies wiederum nur erklärlich war, wenn man beide Forderungen seit jener Zeit als nicht mehr bestehend ansah, so musste von diesem Zeitpunkt an nicht nur die Zins-

[1]) anders Pc. A.L.R. I, 20, 558.

[2]) s. § 300 B.G.B.

[3]) s. dagegen § 371 H.G.B. — Dem steht § 1003 B.G.B. nicht gleich. Diese Sondervorschrift war vielmehr notwendig für den Fall, dass der Eigentümer Verwendungen weder genehmigt, noch klagt (s. Neumann zu § 1003, 1).

[4]) vgl. dazu § 772, 2 B.G.B. und bes. Planck hierzu unter N. 2; ferner § 777 C.P.O.

[5]) vgl. über dies. Frage nach gem. R. Dernburg P. S. 178 ff., für B.G.B. Schollm. zu § 389, 4, § 396 B.G.B.

[6]) s. I. 11, 12 D. 16, 2; c. 4 C. IV, 31, I. 10, 1 D. 16, 2.

verpflichtung, sondern auch Verzug[1]), Verfall einer Konventionalstrafe u.s.w. ausgeschlossen sein, vorausgesetzt natürlich, dass kompensiert wurde. Da aber auch der, welcher aus Irrtum die Kompensation unterliess, etwas bezahlt hatte, was von ihm wider seinen Willen nicht gefordert werden konnte, worauf also der Gegner kein Recht hatte, so musste man ihm die cond. indebiti geben, die unter Umständen für ihn sehr wertvoll sein konnte[2]). Da nun das gem. Recht an der grundsätzlichen Gestaltung der Aufrechnung nichts änderte, liess man zu Gunsten desjenigen, der in Unkenntniss der Aufrechenbarkeit gezahlt hatte, auch weiterhin die cond. ind. zu. Daraus folgte aber notgedrungen, dass auch die übrigen Wirkungen der Aufrechnung ex tunc eintraten, denn es musste ausgeschlossen sein, dass der, welcher eventuell, wenn er zahlte, die cond. ind. hatte, für den Fall der Nichtzahlung z. B. in Verzug geraten wäre[3]). Da nun auch das B.G.B. die Aufrechnung ex tunc wirken lässt, so ist auch jetzt, falls aufgerechnet wird, von dem Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit an Verzug u.s.w. undenkbar, überhaupt fallen alle Folgen hinweg, „die nach Gesetz oder Vertrag daran geknüpft sind, dass die Leistung zur Zeit der Aufrechenbarkeit nicht erfolgt ist[4])." Während man hierüber einig ist, herrscht Streit darüber, ob auch nach B.G.B. die cond. indeb. begründet ist, wenn jemand aufrechnen konnte, dies aber aus Unkenntnis unterlassen hat. Die Motive[5]) verneinen es ausdrücklich, ebenso vor allem Planck[6]) und

---

[1]) vgl. l 40 D. 12, 1, wobei zu beachten ist, dass im klass. Recht tatsächlich „propter exceptionem" nichts gefordert werden konnte.

[2]) Siber S. 70

[3]) D.C. S. 589 — Gegen Schwanert; (S. 69), der erst einem Kompensation angebot diese vollen Wirkungen zuschreibt, s. Siber S. 69.

[4]) Rehbein B.G.B. S. 354 N. 28.

[5]) Mot. II S. 100.

[6]) Planck zu § 389, 3; a. M. Oertmann zu § 389, 1.

Schollmeyer[1]). Die Entscheidung der Frage muss verschieden lauten, je nachdem man die Aufrechnung lediglich durch die Erklärung eintreten lässt oder aber eine vorherige bedingte Tilgung annimmt[2]). Auf Grund der hier hinsichtlich des Aufrechnungsvollzugs vertretenen Ansicht muss die cond. indeb. für ausgeschlossen erachtet werden, da das debitum vollgiltig war. Auch § 813[1] B.G.B. anwenden zu wollen, wäre verfehlt, da die Aufrechnung keine „Einrede" i. S. des B.G.B. ist[3]).

Einfacher stellt sich die Beantwortung dieser Fragen bei der Geltendmachung eines Z.B.R. Verzug und überhaupt alle Nachteile der Nichtleistung sind und waren stets von der Geltendmachung des Z.B.R. an unmöglich, da ja das Z.B.R. gerade zur Verweigerung der Leistung berechtigt. Auch der Retentionsgegner gerät, selbst wenn man die Geltendmachung des Z.B.R. als Mahnung auffasst, niemals in Schuldverzug, da auch ihm, wie Schlegelberger[4]) mit Recht hervorhebt, dem Retinenten gegenüber das Z.B.R. zusteht[5]). Ebenso kann von einer cond. indeb. dessen, der ohne Kenntnis seines Z.B.R. geleistet hat, keine Rede sein, da das Z.B.R. nur eine dilatorische Einrede gewährt und sich in der Befugnis zu retinieren erschöpft[6]). Stehen dem Retentionsberechtigten dennoch einmal Mittel zur Wiederherstellung des früheren Zustandes zur Verfügung, so haben sie ihren Grund in besonderen, ausserhalb des Z.B.R. liegenden Tatbeständen, z. B. verbotener Eigenmacht.

---

[1]) Schollmeyer zu § 389, 2.

[2]) Inkonsequent Dernburg B.R. II S. 328.

[3]) s. oben S. 33.

[4]) Schlegelb. S. 166.

[5]) Dagegen ist Gläubigerverzug gemäss § 298, 2 leicht möglich.

[6]) vgl. l. 30, l. 51 D. 16, 2.

VII. § 9. Aufrechnung und Geltendmachung eines Z.B.R. im Konkurse.

Gerade im Konkurse tritt der Gegensatz zwischen der Aufrechnung und der Geltendmachung eines Z.B.R. so recht hervor, da hier die Frage nach der Befriedigung der Gläubiger in den Vordergrund tritt und wohl die Aufrechnung, nicht aber das Z.B.R. Befriedigung gewährt. Die Geschichte der comp. zeigte uns schon, dass man bald die Ungerechtigkeit erkannte, die darin lag, dass der Schuldner des Kridars seine Schuld voll bezahlen musste, während er für etwaige Forderungen an ihn nur zum Teil befriedigt wurde. Daher die actio cum deductione des bon. emptor. Auch in England kam die comp. zuerst im Konkurse auf [1]). Jene actio c. ded. verschwand zwar mit dem Institut der bon. emptio im justinianischen Recht, nicht aber damit die Kompensation im Konkurse, an deren Zulässigkeit auch im gemeinen Recht kein Zweifel bestand [2]). Nur ging man hier allgemein von einem ganz falschen Gesichtspunkt aus [3]): man lehrte, dass im Konkurs gewissermassen durch cessio legalis die Forderungen des Kridars auf die Gläubigergemeinschaft übergingen, wandte daher analog die Bestimmungen über das Verhältnis des debitor cessus zu dem Zessionar an und liess die zu Gunsten des Schuldners des Kridars bereits bestehenden Ansprüche auf Kompensation durch den Konkurs nicht berührt werden. So wurde stets nur die Frage erörtert, inwieweit der Schuldner des Kridars kompensieren könne, „während im Konkurse gerade der Standpunkt des Gläubigers es ist, der die Kompensation von Bedeutung macht [4]).“ Das preussische Recht aber und die R.K.O. vom 10. II. 1877, deren Bestimmungen in dieser Beziehung unverändert geblieben sind, hat diesen Fehler

[1]) D.C. S. 278.

[2]) D.C. S. 429 ff.

[3]) Vgl. zum Folgd. Krug S. 176 ff, D.C. a. a. O. und Hahn S. 216.

[4]) Hahn a. a. O.

vermieden. Die Kompensation wird als ein Recht des Gläubigers auf abgesonderte Befriedigung aus seiner Schuld an die Masse behandelt[1]), er braucht seine Forderung nach § 53 K.O. überhaupt nicht im Konkursverfahren geltend zu machen; ferner erweiterte die R.K.O. — analog der röm. deductio — das Anwendungsgebiet der Aufrechnung im Konkurse bedeutend gegenüber der gemeinrechtlichen Theorie. Unbedingtheit und Fälligkeit werden nicht verlangt, ja die Forderung des Konkursgläubigers braucht nicht einmal in Geld zu bestehen (§ 54), nur müssen zur Zeit der Konkurseröffnung die beiden Forderungen bereits gegenseitig sein. (§ 55).

Demgegenüber war man im gem. Recht schon darüber uneinig, ob man das Z.B.R. im Konkurse zulassen sollte, oder nicht. Die ältere gemeinrechtliche Theorie lehrte zwar durchweg, dass das „einfache Retentionsrecht" im Konkurse erlösche[2]), indem sie die Analogie mit dem Pfandrecht und die Universalität des deutschrechtlichen Konkurses hervorhob[3]). Allmählich aber drang die entgegengesetzte Ansicht siegreich durch[4]). Man sagte, dass die Konkursgläubiger nur die Rechte des Gemeinschuldners wahrnehmen könnten, ein Recht des Schuldners des Kridars durch den Konkurs daher nicht beseitigt werden könnte. Wiederum also sah man die Sache lediglich von der einen Seite an, indem man fragte, ob der Schuldner des Kridars im Konkurse retinieren dürfe, während die Frage richtiger so hätte gestellt werden müssen: Nimmt der Retentionsberechtigte als Gläubiger des Kridars eine bevorzugte Stellung gegenüber den anderen Gläubigern ein? Die Antwort darauf muss

---

[1]) Vgl. auch § 53 K.O. „Soweit ein Gläubiger" mit § 388 B.G.B. „Schulden zwei Personen."

[2]) s. Glück S. 132.

[3]) Zu beachten ist auch, dass man damals i. A. nur ein Z.B.R an Sachen anerkannte.

[4]) s. Goldschmidt S. 993 ff. Vangerow S. 866 ff.

grundsätzlich „nein“ lauten, da wohl „die Abforderung durch den Schuldner dolos wäre, nicht aber die Abforderung zur Konkursmasse und für die Konkursgläubiger [1])“. Andernfalls würde das Z.B.R. zu einer Bevorzugung führen, die seinem Charakter als einem schwachen Sicherungsmittel widerspräche. Demgemäss liess schon das Pr. A.L.R. das Z.B.R. im Konkurse regelmässig [2]) erlöschen; ihm folgte die Pr.K.O. von 1877. Zu beachten ist dabei, dass der Einfluss des Konkurses auf die von einer Seite noch nicht völlig erfüllten zweiseitigen Verträge besonders geregelt ist, § 17ff., und dass ein Z.B.R. an einem nicht zur Masse gehörenden Gegenstand durch den Konkurs natürlich nicht berührt wird (arg. §§ 15 und 1).

Dagegen bleibt das handelsrechtliche Z.B.R., da es ein Befriedigungmittel ist auch im Konkurse wirksam (§ 49, 4).

---

[1]) Hahn S. 205.

[2]) Ausnahmen waren aus Billgkeitsrücksichten notwendig und sind es auch jetzt noch. Vgl. § 41 K.O. a F. N. 6 u. 7 mit R.K.O. n. F. § 49. N. 3; dagegen aber §§ 223/224 a. a. O.

Literaturverzeichnis.

Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 37, Bd. 93.
„ f. praktische Rechtswissenschaft Bd. 4.
Arndts Pandekten 8. A.
Bekker, Prozessuale Konsumtion 1853.
Brinz, Pandekten I 1. u. 2. A.
„ Lehre von der Kompensation.
„Compensatio" in Pauly-Wissowa's Realencyklopädie der klass. Altertumswissenschaft von R. Leonhard, neue Aufl. 1901.
Cosack, Bürgerl. Recht 3. A.
Dernburg, Pandekten Bd. II 4. A.
„ Preuss. Priv.-Recht Bd. I u. II 4. A.
„ Bürgerl. Recht Bd. II 3. A.
„ Compensation 2. A.
Eisele, „ „ „ 1878
Endemann, Bügerl. Recht Bd. I 8. A.
Fischer, Preuss.-Priv.-Recht 1887.
Fischer-Henle, B.G.B. 6. A.
Foerster-Eccius, Preuss-Priv.-Recht 7. A.
Friedenthal (bei Fischer) Einwendung und Einrede.
Fröhlich, das Eigentümliche der Aufrechnung I.-D. Erlangen 1897.
Fulda, das Z.B.R. J.-D. Greifswald 1900.
Gai Institutiones ed. Kr.-Stud. 1891.
Gaupp-Stein, Kommentar z. Z.P.O. 6/7. A.
Geib, Theorie d. ger. Kompensation 1897.
Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. XV.
Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I² 1868.
Grosskopf, Retentionsrecht 1858
Gruchot, Beiträge Bd. 42.
Hahn, Materialien z. d. Reichsjustizgesetzen Bd. IV.
Hartmann, Kompensation I.-D. Erlangen 1900.
Hartter, „ „ 1837.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht 1900.
Holzschuher, Theorie u. Kasuistik d. gem. Zivil-Rechts 3. A.
Ihering, Jahrbuch Bd. 20; Bd. 32.
Jörs, bei Birkmeyer, Encyklopädie 1. A.
Jur.-Wochenschrift 1903.
Jur.-Zeitung, Deutsche 1902, 1905.

Kanold, Beiträge z. Lehre v. d. Aufrechnung I.-D. Berlin 1888.
Katter, Z.B.R. I.-D. Greifswald 1900.
Koch, Recht der Forderungen 2. A.
Kohler, Lehrbuch des bürg. Rechts.
Krug, Kompensation 1832.
Langfeld, Lehre v. d. Retentionsrecht n. gem. Recht.
Leonhard, Franz, Aufrechnung 1896.
„ Rudolf, Irrtum 1882.
„ -Eck, Vorträge z. B.G.B. I.
Liebknecht, Kompensationsvollzug und -vorbringen n. gem. Recht.
Litthauer, H.G.B. 1901.
Luden, Retentionsrecht 1839.
Motive z. B.G.B. Bd. II.
Neumann, B.G.B. Bd. I. 3. A.
Ober-Tribunal, Entscheidungen Bd. 17; Bd. 67.
Oertmann, Kommentar z. B.G.B. II.
Pernice Labeo II, 1. u. 2. A.
Planck, Kommentar z. B.G.B.
Protokolle zur 2. Lesung des B.G.B. Bd. I.
Rehbein, B.G.B. Bd. II 1903.
Reichsgericht, Entscheidungen Bd. 11, 31, 50, 59, 61.
Rhein.-Museum f. Jurisprudenz Bd. I 1827.
Richter, Kompensation und Retention I.-D. Greifswald 1895.
Rieger, das Z.B.R. des B.G.B. 1-D. Tübingen 1901.
Schenck, Retentionsrecht 1837.
Schlegelberger bei Fischer, das Z.B.R. 1904.
Schollmeyer, Kommentar z. B.G.B. Bd. II 1.
„ Kompensationseinrede 1884.
Schwanert, Kompensation 1870.
Seuffert, Kommentar z. Z.P.O. 6. A.
Siber, Kompensation und Aufrechnung 1899.
Stampe, Kompensationsverfahren 1896.
Stoelzel, Schulung f. d. ziv. Praxis II, 3. A.
Struckmann-Koch, Z.P.O. 7.. A.
Waechter, Pandekten 1881.
Warneyer, Jahrbuch z. B.G.B. 1905
Wendt, Pandekten 1888.
Wilmowski-Levy, C.P.O. I, 6. A.
Windscheid-Kipp, Pandekten I. u. II. 8. A.
Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen Bd. III
„ f. deutschen Zivilprozess Bd. 20, 24, 25.

Lebenslauf.

Ich, Georg Hartmann, preussischer Staatsangehöriger jüdischer Religion, bin am 10. November 1882 zu Breslau als Sohn des Kaufmanns Simon Hartmann und seiner Ehefrau Regina geb. Goldberg geboren. Von Ostern 1889 ab besuchte ich die Vorschule, demnächst das Gymnasium zu St. Elisabet in Breslau und verliess dasselbe Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife. Alsdann studierte ich an den Universitäten Breslau und Heidelberg Rechts- und Staatswissenschaft und hörte die Vorlesungen der Herren Professoren und Dozenten:

DDr. Beyerle, Brie, Dahn, Fischer, Gretener, Jellinek, Jörs, Klingmüller, Leonhard, v. Lilienthal, Naendrup, Schroeder, Schücking, Sombart, Stern, Thode und Wolff,

denen ich für die mir zuteil gewordene Anregung und Förderung aufrichtigen Dank sage.

Am 4. Juli 1904 bestand ich am Königl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung, begann am 25. Juli 1904 den Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar bei dem Königl. Amtsgericht in Festenberg, genügte in der Zeit vom 1. Oktober 1904 bis 30. September 1905 meiner Militärpflicht und wurde am 25. April 1906 dem Königl. Landgericht in Breslau überwiesen, bei dem ich gegenwärtig beschäftigt bin.